TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

TOMO XV

TÁBUA SISTEMÁTICA DAS MATÉRIAS

TITULO III

PROPRIEDADE MOBILIÁRIA (BENS CORPÓREOS)

PARTE 1

Conceito e natureza da propriedade mobiliária

CAPITULO 1

PROPRIEDADE MOBILIÁRIA

§ 1.656. *Classificação dos bens pela deslocabilidade e por lei.* 1. Bem imóveis e bens móveis, distinção de relevância variável. 2.Bens móveis, objeto de direito das coisas. 3. Frutos naturais. 4. Energia elétrica, atômica e outras energias. 5.Direitos reais sôbre bens móveis. 6. Objeto do dominio

§. 1.657. *Registro de bens móveis.* 1. Registro de bens móveis, exigência excepcional. 2. Veículos automotores. 3.

Apólices da divida pública. 4. Navios. 5. Aeronaves

CAPITULO II

PROPRIEDADE DOS TÍTULOS CAMBIÁRIOS E CAMBIARIFORMES

§ 1.658. *Presunção de propriedade dos títulos.* 1. Posse e presunção da propriedade. 2. Como opera a presunção. 3.

Presunção no pretérito. 4. Posse mediata e posses mediatas. 5. Posse e posterior propriedade. 6. Direito real limitado e presunção. 7. Ação de reivindicação e prova. 8. Perda e furto. 9.Leilão, feira e mercado

§ 1.659. *Propriedade.* 1. “Lex apecialis”. 2. Conseqüências da regra jurídica especial PARTE II

Aquisição da propriedade mobiliária

CAPITULO 1

MODOS DE AQUISIÇÃO E BENS MÓVEIS

1.661. *Sub-rogação real e comunhão matrimonial de bens.* 1. Conceito. 2. Modo de aquisição. 3. Comunhão matrimonial de bens

CAPITULO II

OCUPAÇÃO

§ 1.662. *Conceito e classificação.* 1. Suporte fáctico da ocupação. 2.Ato-fato jurídico. 3. Apropriação por ato-fato. 4.

Conceito de bem sem dono (“res nuílius”)

§ 1.663. *Ocupabilidade coletiva.* 1. Princípio da ocupabilidade por todos. 2. Direito contemporâneo e caça. 3. Senso lato de ocupação. 4. Aves e peixes

§ 1.664. *Apropriação Livre ou em exercicio de direito.* 1. Espécies de apropriação. 2. Ocupação de minerais e outras coisas. 3. Só o que é “nuilius” é ocupável. 4. Óbice à apropriabilidade.5.Direitos reais limitados sôbre a coisa derrelicta .

1. OCUPAÇÃO SIMPLES

§ 1.665. § 1.666. *Conceito de ocupação simples.* 1. Conceito. 2.Pressupostos 3. *Ineliminabilidade do “occu pare” nas espécies qualificadas.* 1.Caça. 2. Pesca. 3. Tesouro

II. CAÇA

§ 1.667. *Conceito de caça.* 1. Sentido lato e sentido técnico. 2. Código de Caça e conceito de caça. 3. Caça, poder de caçar; e caça, exercício

de direito de caça

§ 1.668. *Dados históricos.* 1. Caça e ocupação. 2. Propriedade e caça 1 1.669. *Animais bravios.* 1. Conceito. 2. Direito brasileiro sôbre ocupação de animais bravios

§ 1.670. *Direito de caça e apropriação da caça.* 1. Importância da distinção. 2. Direito anterior. 3. Interpretação do Código Civil, art. 598. 4. Bens públicos e direito de caça. 5. Ato de ocupação e direito de caça

§ 1.671. *Evolução do direito.* 1. Direito de caça e transformações do direito. . 2. Direito romano e "direito de caça" 1 1.672. *Animais mansos e animais amansados* 1. Interpretação dos arts. 593, II, e 596 do Código Civil 2. Soluções possíveis e solução certa

§ 1.673. *Natureza do direito de caça.* 1 Direito de caça, bem imóvel. 2. Renúncia à caça

§ 1.674. *Dever de caçar.* 1. Direito de caçar e dever de caçar. 2. Mudança e desaparição; volta da nocividade51§

1.675. *Caçabilidade.* 1. Animais caçáveis. 2.Pré-exclusão da caçabilidade

§ 1.676. *Animal ferido.* 1. Código Civil, arts. 595 e .600. 2. Código Civil, arts. 598 e 60153

§ 1.677. *Caça e regras de direito administrativo.* 1. Código Civil, art. 594. 2. Código de Caça. 3. Meios e modos de caçar. 4. Licenças

 1.678. *Vedação temporal de caça.* 1. Período de caça. 2. Técnica da limitação. 3. Direito administrativo brasileiro, solução adotada

1.679. *Direito administrativo e exercício da caça.* 1. Exercício da caça. 2. Licença do dono. 3. Limitações legais ao exercício

§ 1.680. *Exercício de faculdade de caçar e exercicio do direito de caça.*

1.Atos preparatórios ou atos componentes do exercício do direito de caça. 2. Faculdade de caçar, atos preparatórios e atos componentes do exercício. 3. Atitude do dono do terreno em relação ao caçador

§ 1.681. *Ações contra o exercício ou derivadas da faculdade de caçar ou do direito de caça.* 1. Faculdade de caçar.

2. Direito de caça e ações

§ 1.682. *Abelhas.* 1. Abelhas, universalidades de fato. 2. Código Civil, j.Art. 593, 1, ou 593, II?. 3. Abelhas, quando são *res nuílius*

III. PESCA

§ 1.683. *Conceito de pesca.* 1. Pesca e exercício da pesca. 2. Pescar e ocupar. 3. Espécies de águas. 4. Animais e vegetais que se pescam. 5. Piscinas e tanques

§ 1.684. *Pesca e ocupação.* 1. Construção jurídica do direito de pesca. 2. Consequências do art. 4□O do Código de Pesca. 3. "Animais", no art. 4□O do Código de Pesca

§ 1.685. *Direito de pesca e direito de apropriação.* 1. Direito de pesca e direito de apropriação. 2. Dever de pescar. 3.

Direito de pesca e águas em terrenos ribeirinhos. 4. Peixes e retirada das águas

§ 1.686 *Exercicio do direito de pesca e da faculdade de pescar.* 1.Direito de pescar e atos preparatórios. 2.

Faculdade de pescar e seu exercício

§ 1.687. *Pesca e direito administrativo.* 1. Serviços de pesca. 2.Limitações legais ao exercício da pesca. 3. Distritos de pesca, no mar, ou em lago, ou em rio. 4. Aparelhos de pesca

IV.. TESOURO

§ 1.688. *Conceito de tesouro.* 1. "Thesaurus". 2. Negação à afirmativa de se tratar de tesouro. 3. Classificação do fato jurídico da invenção do tesouro. 4. Tesouro em bem imóvel ou em bem móvel. 5. Tesouro em bens públicos

§ 1.689. *Suporte fáctico do tesouro.* 1. Depósito ou acantonamento de bem móvel. 2. Ocultação e imperceptibilidade.

3. Vetustez, elemento necessário no conceito de tesouro. 4. Bens móveis públicos. 5. Preciosidade das coisas ou da coisa

§ 1.690. *Construção juridica do tesouro.* 1. Problema técnico legislativo do conceito de tesouro. 2. Soluções. 3.

Solução do Código Civil, arts. 607-61090

§ 1.691. *Ato de invenção como suporte factico.* 1. Ato de achada do tesouro. 2. Posse e ocupação. 3. Permissão de pesquisa "insuo" e "in alieno"

§ 1.692. *Relacão juridica de propriedade e aquisição do tesoura.* 1.Propriedade do tesouro. 2. Tesouro achado por algum condômino ou por algum comuneiro de apartamentos. 3. Tesouro achado em prédios confinantes. 4. Tesouro achado por possuIdor impróprio. 5. Situação jurídica entre o encontro e a posse. 6. Se foi o proprietário do prédio ou do mÓvel em que estava o tesouro ou alguém a seu serviço especifico que descobriu CAPÍTULO III

USUCAPIÃO

1.693. *Aquisição da propriedade mobiliária por usucapião.* 1. Modo de aquisição originária. 2. As duas espécies de usucapião de bens móveis. 3. Bens móveis que não se podem usucapir. *4.* Usucapião e "condictio"

§ 1 . 694. *Pressupostos comuns às dnas espécies de usucapião.* 1. Coisa usucapível, posse própria e tempo. 2. "Res habilis". 3. Posse própria. 4. "Tempus". 5. Ação de usucapião de bens móveis

§ 1 .695. *"Successio possessionis" e "accessio possessionis".* 1. Posse e continuidade. 2. ConseqUências jurídicas.

3. Posse que se transmite ao herdeiro

§ 1.696.Óbice ao prazo, suspensão e interrupção do prazo. 1. Código Civil, art. 619. parágrafo único. 2. Obstáculo ao início do prazo e suspensão do prazo. 3. Interrupção do prazo ..

§ 1.697. *Pressupostos da usucapião por longo tempo.* 1. Código Civil, art. 919. 2. j~Exceção ou objeção de furtividade?. 3. Boa fé

§ 1.698. *Pressupostos da usucapião por tempo breve.* 1. "Tempus", "bona fides", "titulus iustus". 2. "Res habilis". 3.

Pressuposto de boa fé. 4. Que se há de entender por má fé. 5.Título hábil CAPÍTULO IV

§ 1.708.in *denizabilidade* 1. Conteúdo dos arts. 613 e 614 do Código Civil. 2. Deslocações patrimoniais. 3. “lus tollendi” e pretensão a toler

CAPÍTULO V

ACESSÃO (ADJUNÇÃO)

1 . 709. *“Accessio” e suas espécies.* 1. Conceitos. 2. Aquisição da propriedade por “accessio”. 3. Acessão e especificação 143

§ 1.710. *Usucapião sem e com. acessão.* 1. Código Civil, art. 615. 2. Código Civil, art. 615, §§ 1.~“ e 2.0. 3. Mínimo de fixidez.4.“Res rei cedit”. 5. Dinheiro. 6. Natureza do fato jurídico da acessão

§ 1.711. *Acessão entre coisas equivalentes.* 1. Acessão sem principalidade de qualquer das coisas. 2. Comunhão 147§ 1.712. *Acessão a coisa principal (Código Civil, art. 615, § 2.0).* 1.Principalidade de uma das coisas. 2. Acessão com principalidade da coisa. 3. Aquisição e indenização. 4. Pintara, escultura, escrita ou outro trabalho gráfico ....

148§ 1.713. *Direito formativo gerador, segundo o Código Civil, art. 616.* 1.Contendo do art. 616 do Código Civil. 2.

Direito brasileiro

CAPÍTULO VI

CONFUSÃO E COMISSÃO ESPECIFICAÇÃO

§ 1.699. *Conceito de especificação.* 1. “Nova espécies ”. 2. Conceituação. 3. Matéria prima. 4. Natureza da especificação como fato jurídico-

§ 1.700. *Problema da propriedade da "nova espécies ".* 1. Coisa e identidade. 2. Direito do trabalho. 3. As doutrinas romanas da especificação. 4. Ilicitude

§ 1.701.(A) *Valor do trabalho consideravelmente maior.* 1. Superação econômica do trabalho. 2. Fonte do art. 612,

§ 2.0, do Código Civil. 3. Furtividade, qualidade fáctica

§ 1.702.(B) *Pintura, escultura e escrita ou grafia.* 1. Regra jurídica especial sôbre pintura, escultura, e escrita. 2.

Fonte do art. 614 do Código Civil. 3. "De jure condendo"

§ 1.703.(C) *Especificação irredutível, de boa fé.* 1. Terceira situação. 2. Fonte do art. 612 do Código Civil. 3.

Atitude do Código Civil. 4. Boa fé. 5. Boa fé e má fé na mesma pessoa

§ 1.704.(D) *Especificação redutível, eliminados os três suportes facticos acima referidos.* 1. Primeiro caso de propriedade ao dono da matéria prima. 2. Fonte do art. 612, § 1.0, 1.~ parte, do Código Civil 1.705. (E) *Irredutibilidade da espécie nova e má fé do especificador.* 1.Exaustividade do regramento jurídico. 2.

Fonte do art. 612, § 1.0, 2.~ parte, do Código Civil

§ 1.706. (F) *Matéria prima só em parte alheia e irredutibilidade.*

1.Pluralidade de donos. 2. Outros sistemas jurídicos .. 137 § 1 .707. *Continuidade e discontinuidade da propriedade.*

1. Matéria e nova espécie. 2. Exame das diferentes aquisições da propriedade

§ 1.714. *Os dois conceitos.* 1. Terminologia. 2. Regramento jurídico uniforme *1. CONFUSÃO*

§ 1.715. *Generalidades.* 1. Conceito. 2. Natureza jurídica da confusão

§ 1.716. *Confusão só aparente.* 1. Caracterização da confusão. 2.Confusão querida pelos donos das coisas confundidas. 3.Nenhuma comunhão

§ 1.717. *Confusão sem principalidade de qualquer das coisas componentes.* 1. Conteúdo do art. 615, § 1.~, do Código Civil. 2.

Condomínio

§ 1.718. *Confusão com principalidade de uma das coisas componentes.* 1 Conteúdo do art. 615, § 2.0, do Código Civil. 2. Perda de propriedade da coisa acedida e. indenização

§ 1.719. *Má fé e confusão.* 1. Incidente lateral. 2. Exercício da opção *II. COMISSÃO*

§ 1.720. *Conceito e natureza.* 1. Conceito. 2. Natureza jurídica da comistão. 3. Dinheiro e comistão 1721. *Comissão sem principalidade de alguma das coisas comistas.* 1.Comistão e coisas equivalentes. 2. Regime jurídico

§ 1.722. *Comistão eom principalidade de alguma das coisas comistas.* 1.Coisa principal e comistão. 2.

Principalidade de uma das coisas na comistio

§ 1.723. *Má fé em caso de comistão.* 1. Código Civil, art. 616. 2.Exercício do direito ~oriundo de comistão com má fé do outro dono .

CAPÍTULO VII

SEPARAÇÃO DE PARTES INTEGRANTES

§ 1.724. *Conceito de separação de partes integrantes.* 1. Partes integrantes e separação. 2. Espécie mais simples. 3.

Natureza da separação de partes integrantes. 4 Aquisição da propriedade “cum causa”. $. Problema de técnica legis lativa163

§ 1.725.(A) *Domínio e separação de partes integrantes.* 1. Proprietário e separação de partes integrantes. 2.

Aquisição originária, e não derivativa

§ 1.726.(B) *Direito real sobre a coisa com exploração ou “fructus” e separação do partes integrantes.* 1. Natureza dos direitos

reais que permitem aquisição. 2. Direito real e posse

§ 1.727.(C) *Possuidor de boa fé e partes integrantes.* 1. Posse própria. 2. Posse imprópria com adquiribilidade. 3.

Possuidor imediato e possuidor mediato. 4. Boa fé e erro de fato. 5.Posse no momento da separação. 6. Produtos da coisa segundo a destinação e as outras partes integrantes. 7. Aquisição pelo que tem permissão de apropriar-se dos frutos

§ 1.728.(D) *Aquisição em virtude de permissão de apropriação.* 1.Permissão de apropriar-se. 2. Natureza da permissão de apropriar-se. 3. Negócio jurídico de permissão a apropriar-se. 4. Aquisição originária, e não derivativa.

5. Outorgado possuidor de boa fé

CAPÍTULO VIII

AQUISIÇÃO EM VIRTUDE DE LEI

§ 1.729. *Modo especifico de adquirir.* 1. Espécies excepcionais. 2. As espécies dos arts. 598 e 601 do Código Civil e 603-606. 3. Espécies que não são de “transitus dominii legalis”

1. CAÇA E PESCA SEM DIREITO DE CAÇAR E DE PESCAR

§ 1.730. *Caça e pesca em terras alheias ou águas alheias.* 1. Conteúdo do art. 598 do Código Civil. 2. Problema de construção da aquisição pelo dono das terras. 3. Problema de construção da adquisição pelo dono das águas. 4.

Situação jurídica do caçador ou pescador que caçou ou pescou e apanhou caça ou pesca sem que o permitisse o titular do direito de caça ou pesca

II. ACHADA (OU INVENÇÃO DE COISAS PERDIDAS)

§ 1.731. *Achada de coisas perdidas.* 1. Perda de bens móveis. 2. Direito romano e achada de coisas perdidas. 3.

Direito alemão.4.Coisas esquecidas e coisas perdidas. 5. Achada e

fonte

§ 1.732. *Entrega do achado à autoridade pública e procedimento edital.* 1.Entrega à autoridade pública. 2. Edital. 3.

Achado em estabelecimentos públicos ou em transportes coletivos. 4. Relações jurídicas entre achador e dono da coisa. 5. Responsabilidade do achador. 6. Direitos do achador

§ 1.733. *Entrega da coisa.* 1. Dever de entrega. 2. Ladrão e entrega. 3. Quem faz entrega ao perdente da coisa 202

§ 1.734. *Recompensa ao achador.* 1. Conceito e história do achádigo 2.Derrelicção da coisa achada

§ 1.735. *Aquisição pelo* Estado *ou pelo achador.* 1. Destino da coisa achada. 2. Interpretação do Código Civil, grt.

606, “in fine” .207

§ 1.736. *Decisões do juiz.* 1. Decisões quanto à venda e quanto ao preço da coisa. 2. Decisões quanto à entrega ao dono ou possuidor legítimo. 3. Carga de eficácia da sentença de entrega. 4. Decisão de adjudicação 208

§ 1.737. *Comparação entre as espécies dos arts. 598 e 601 e as dos arte. 603-606 do Código Civil.* 1. Traços comuns. 2. Traços diferenciais

III.DEPÓSITOS E CRÉDITOS NÃO-RECLAMADOS

§ 1.738. *Depósitos e bens recolhidos.* 1. Natureza dos depósitos. 2. Decreto n. 22.468, de 15 de fevereiro de 1933, e Lei n. 2.313, de 3 de setembro de 1954. 3. Bens recolhidos aos Depósitos Públicos. 4. Lei n. 2.313, de 3 de abril de 1954

IV. INCORPORAÇÃO A INVENTÁRIO

§ 1.739. *Conceito de incorporação a inventário.* 1. Inventário. 2.

Incorporação a inventário

§ 1.740. *Aquisição por incorporação a inventário.* 1. Problema da construção. 2. Destinação à exploração. 3.

Momento da aquisição

§ 1.741. *Pressupostos da aquisição por incorporação.* 1. Pressupostos para a incorporação. 2. Pressupostos da aquisição. Aquisição originária

V.DIREITOS DOCUMENTADOS E DOCUMENTOS

§ 1.742. *Manifestações de vontade e cártulas.* 1. Cártula e promessa ou declaração. 2. Dados históricos (direito romano e direito germânico). 3. Generalidade do princípio. 4. Pressupostos da aquisição da propriedade. 5. Dinheiro, títulos‟ cambiários e cambiariformes. 6. Dispositividade do princípio ..

§ 1.743. *Aquisicão e história posterior do direito.* 1. Natureza da aquisição. 2. Posteridade do direito. 3. Títulos ao portador e títulos à ordem. 4. Escrita e primeira aquisição

§ 1.744. *Pretensões e ações.* 1. Documentos. 2. Pretensões ligadas ao direito

- 1745. *Títulos endossáveis.* 1. Endosso . 2. Crédito e cártula, partes integrantes, e não cártula-pertença *Responsabilidade do alienante possuidor de boa fé.* 1. Direito romano e comum. 2. Direito vigente

§ 1.746.histórica nos séculos XIII, XV e XVI. 6. Perda de coisa,no sentido do Código Civil, art. 603. 7, Achada e elementos do suporte fáctico . 8. Pluralidade de donos e de achadores .9.Achador, o que é 188 198

CAPÍTULO IX

AQUISIÇÃO PELA POSSE DE BOA FÉ

Modo de aquisição. 1. Direito comum dos bens móveis e direito especial. 2. Código Civil. 3. Frutos. 4. Boa fé 223

Títulos ao portador. 1. Regras jurídicas gerais sôbre eficácia real da tradição e regras jurídicas especiais. 2~ Títulos ao portador, fora do direito cambiário e cambiariforme. 3. Aquisição, em direito cambiário ou cambiariforme, do titulo. ao portador ou endossado em banco. 4. Natureza aa aquisição pela posse de boa fé (originária ou derivada). 5.

Aquisição pelo outorgado de má fé

2.Sucessão universal e pessoas jurídicas

CAPÍTULO XII

PLURALIDADE DE PROPRIETÁRIOS TRADIÇÃO

§ 1.749. *Transmissão da propriedade mobiliÁria.* 1. Que é tradição.no direito de propriedade. 2. Código Civil, arte.

620-622 e 865.3. Tradição, elemento de suporte fáctico da aquisição.4.Ato de disposição 239§

1.750. *Tradição elemento essencial da transmissão.* 1. Elemento fáctica essencial. 2. Tradição e negócio jurídico. 3.

Posse mediata e tradição. 4. Aquisição da posse imediata ..

§ 1.751. *Acordo de transmissão.* 1. Conceito. 2. Acordo de trans-missão e entrega-tomada. 3. Em que consiste a entrega-to-mada. 4. “Brevi manu traditio”. 5. Sucessão, na tradição.6.Transmissão da propriedade mobiliária e terceiro. 7. Natureza causal da transmissão. 8. Sorte do negócio jurídica consensual. 9. Tradição, posse e propriedade. 10. Trans-formação da posse. 11. Aquisição ao adquirente simulado.12.Natureza da proteção do terceiro

§ 1.752. *Tradição pelo não-dono.* 1. Entrega-tomada para transmissão da propriedade. 2. Boa fé e má fé. 3. Bens móveis dotais

§ 1.753. *Tradição por ato inexistente ou nulo.* 1. Acordo de transmissão inexistente ou nulo. 2. Transmissão da posse sem transmissão da propriedade. 8. Não-dono e alienação..

§ 1.754. *Pós-e ficaeisação do acOrdo com o não-dono.* 1. Conteúdo do. ~rt. 622. 2.“ parte, do Código Civil. 2.

Principio do efeito possível

§ 1.755. *AcOrdo posterior à entrega-tomada.* 1. Posposição do acordo de transmissão. 2 . Eficácia do acordo posterior. 3. Boa fé e art. 622, 2.‟ parte, do Código Civil. 4. Alienação de coisa alheia e posse de boa fé

§ 1.756. *Constituto possessório.* 1. Poder fáctico e aquisição da propriedade mobiliária. 2. Definição do constituto possessório e propriedade; teorias. 3. Constituto possessório e tradição.

4.Como se opera o constituto possessório. 5. Exame das teorias. 6. Se é de subentender-se a cláusula “constituti”.

7.Ausência e representação. 8. Pretensão e ação de imissão de pouse; constituto possessório. 9. Transmissão para segurança ou garantia. 10. Representação, no constituto possessório. 11. Constituto possessório

§ 1.757. *Tradição com cessão da pretensão à entrega.* 1. Cessão da pretensão à entrega. 2. Direito romano. 3. Acôrdo de transmissão, sem forma especial. 4. Posição jurídica do terceiro. 5. Propriedade de mercadorias. 6. Alcance específico do art. 621 do Código Civil. 7. Análise das espécies

§ 1.759. *Bens móveis e comunhão por herança.* 1. Herança e legado

§ 1.760. *Condomínio de bens móveis.* 1. Condomínio e propriedade em mão-comum. 2. Comunhão e mão-comum

§ 1.761. *Comunhão “pro diviso”.* 1. Excepcionalidade da espécie. 2.Patrimônio em comum e fundo de empresa em comum

PARTE III

Pretensões e ações mobiliárias dominicais

CAPÍTULO 1

PRETENSÕES E AÇÕES REAIS

§ 1.762. § 1.763. *Preliminares.* 1. Conceitos. 2. Ações especificas e ações pessoais que protegem a propriedade *Precisões indispensáveis.* 1. Ações que nascem de pretensões dominicais mobiliárias. 2. Bens móveis CAPITULO II

AÇÃO DECLARATÓRIA

§ 1.764. § 1.765. *Conceito e pressupostos.* 1. Ação declaratória. 2. Tempo a declaração *Direitos incorporados a títulos e direitos documentados.* 1. Direitos incorporados a títulos. 2. Direitos documentados AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

§ 1.766. § 1.767. § 1.768. § 1.769. § 1.770. § 1.771.

CAPITULO XI

SUCESSÃO UNIVERSAL E SUCESSÃO SINGULAR A CAUSA DE MORTE

§ 1.758. *Propriedade mobiliária e sucessão.* 1. Aquisição da propriedade mobiliária. 2. Saisina. 3. Sucessão universal entre vivos *Domínio e "ius possidendi".* 1. Domínio e ofensa ao domínio-2. Ação de reivindicação e injusta posse 1 *Legitimação ativa.* 1. Proprietário. 2. Propriedade exclusiva e comunhão *Legitimação passiva.* 1. Possuidor, réu. 2. Posse e execução do julgado reivindicatório *Objeto da reivindicação mobiliária.* 1. Bens móveis reivindicáveis. 2. Bens móveis e determinação suficiente. 3.

Individualização do bem móvel

Alegações e prova. 1. Ônus de afirmação e de prova 2. Títulos que se adquirem com a posse de boa fé *FOrça e eficácia da sentença.* 1. Fôrça sentencial 2. Benfeitorias

CAPÍTULO IV

AÇÃO NEGATÓRIA

§ 1.772. *Pretensão e ação negatória.* 1. Ofensa sem retirada da posse. 2. Legitimação ativa e passiva. 3. Execução da sentença negatória

§ 1.773. *Fundamentos do pedido negatório.* 1. Incursões. 2. Ofensa futura e ofensa já sofrida CAPÍTULO V

PRETENSÕES E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

§ 1.774. *Ações de‟ indenização por ato não contrário a direito.* 1. Limitação ao conteúdo do direito de propriedade.

2. Ato contrário a direito. 3. Ação de indenização contra o possuidor. 4.Caução de dano infecto. 5. “Opus”

§ 1.775. *Posse e propriedade.* 1. Suporte fáctico da regra jurídica que dá a pretensão indenizatória. 2. Prescrição

§ 1.776. *Espécies de perda do propriedade.* 1. As causas segundo o sistema jurídico. 2. Titulos documentais e títulos incorporantes. 3. Títulos nominativos. 4. Direitos documentados

§ 1.777. *Espécies complexas.* 1. Suportes fácticos complexos. 2. Técnica legislativa. 3. Reversões

§ 1.778. *Conceito de derrelicção.* 1. “Derelictio”. 2. Pressupostos de validade e de eficácia. 3. Abandono da posse e derrelicção. 4.Poder de dispor e derrelicção. 5. Negócio jurídico gratuito. 6. Comunização

§ 1.779. *Representação e nunciatura* 1. Representação. 2. Núncio e derrelicção CAPÍTULO III

AQUISIÇÃO POR OUTREM

§ 1.780. *Usucapião e outras aquisições.* 1. Princípios comuns à propriedade imobiliária e à propriedade mobiliária. 2.

Espécies de perda da propriedade mobiliária derivadas de aquisição por outrem. 3. Direitos formativos e pretensões à aquisição.

4.Execução forçada e perda

§ 1.781. *Extracomercialização.* 1. Perda da propriedade. 2. Especificação e obra intelectual ou industrial *Causa objetiva de perda da propriedade mobiliária.* 1. Bens móveis e perecimento. 2. Perecimento parcial *Mundo láctico e perecimento.* 1. Perecimento fáctico. 2. Coisas proibidas ou anunciantes. 3. Sentenças que decidem pela destruição

§ 1.782. *Bem corpóreo e renúncia.* 1. Propriedade mobiliária e renúncia. 2. Eficácia da renúncia à pretensão à restituição da propriedade do bem móvel corpóreo

CAPITULO V

DESAPROPRIAÇÃO

§ 1.783. *Bem incorpóreo e renúncia à propriedade.* 1. Propriedade intelectual. 2. Propriedade industrial

§ 1.784. *Propriedade mobiliária e desapropriação.* 1. Conceito de desapropriação e bens móveis, corpóreos ou incorporeos. 2.Propriedade mobiliária e desapropriação

§ 1.785. *Processo de desapropriação.* 1. Declaração de desapropriação ação em juízo. 2. Registro. 3. Sentença e recursos

§ 1.786. *Requisição e propriedade mobiliária.* 1.Requisições expropriativas. 2. Princípios que regem as requisiçõesde bens moveis

1.787. *Responsabilidade e legitimação ativa e passiva.* 1.Legitimação ativa à indenização. 2. Responsabilidade

§ 1.788. *Incursões estatais.* 1. Constituição de 1946. 2.Intervenção por lei CAPÍTULO II

PERECIMENTO DERRELIÇÃO

§ 1.789. § 1.790.

CAPÍTULO VIII

DESTITULARIZAÇÃO

§ 1.791. *Evasão, perda da coisa e vetustez do tesouro (perda por destitularização).* 1. Destitularização. 2. Evasão de animais.3.Imemorialidade do tesouro

§ 1.792. *Comunização e adespotia.* 1. Precisões de conceitoS. 2. Perda por aquisição por outrem e perda por destitularização

CAPÍTULO IX

RENUNCIA

PERDIMENTO PENAL DOS BENS

§ 1.793. *Sequestro e perdimento.* 1. Medidas constritivas e perdimento. 2. Constituição de 1946, art. 141, § 31, 3~5

parte. 3.Perdimento penal fora do art. 141, § 31, 3~a parte, da Constituição de 1946343

§ 1.794. *Objeto do perdimento penal.* L Alcance da pena. 2.Pós-destinação CAPÍTULO X

AÇÕES CONCERNENTES À PERDA DA PROPRIEDADE MOBILIÁRIA

1.795. *Pretensões declaratórias e pretensões constitutivas.* 1. Perda da propriedade mobiliária e pretensões. 2.

Derrelição. 3.Aquisição por outrem. 4. Renúncia. 5. Desapropriação. 6.Requisições. 7. Destitularização. 8.

Perecimento. 9. Perda por advento do termo ou implemento da condição. ....

§ 1.796. *Cominações sentenciais e cominações em preceito.* 1. Medidas cominadas. 2. Alternatividade PARTE V

Universalidades, empresa e fundo de empresa

CAPITULO 1

UNIVERSALIDADES E EMPRESA

§ 1.806. *Aquisição do fundo de empresa.* 1. Aquisição de elementos componentes e aquisição do fundo de empresa.

2. Usucapião e fundo de empresa. 3. Transmissão a causa de morte.

§ 1.807. *Propriedade e exploração.* 1. Separação entre propriedade e exploração. 2. Gerência livre

§ 1.808. *Alienação do fundo de empresa.* 1. Importância do fundo de empresa para o comerciante, o industrial ou o agricultor.

2.Ato jurídico de alienação. 3. Forma do negócio jurídico. 4. Recomendações

§ 1.809. *Pré-contrato e promessa unilateral de contratar a alienação do fundo de empresa.* 1. Promessa de contrato.

2. Contrato de opção

§ 1.810. *Credores do alienante e credores quirografários.* 1. Credores privilegiados. 2. Consentimento para a transmissão do passivo. 3. Re-alienação do fundo de empresa

§ 1.811. *Deveres e obrigações do alienante.* 1. Deveres e obrigações em geral. 2. Cláusula de não-restabelecimento igual

§ 1.812. *Extinção do fundo de empresa.* 1. Causas de extinção.2.Recomposição CAPITULO IV

§ 1.797. 5 1.798. *Universalidades de fato e de direito.* 1. Conceitos. 2. Coisas coletivas e universalidades «iuris" *Patrimônio e propriedade.* 1. Divergências. 2.Direito sobre o patrimônio CAPÍTULO

EMPRESA

§ 1.799. 1.800.

1 1.801. ~§ 1.802. *Conceito de empresa.* 1. Empresa . 2. Fundo de empresa *Cisão conceptual.*. 1. Empresa e fundo de empresa. 2.surgimento do conceito em sua primeira extensão. 3 Ambigli-dade evitável *Coisas em direito industrial, lato senso.* 1. Objeto de direito e coisa. 2. Aviamento. 3. Comércio *Clientela* . 1. Clientela ou freguesia. 2. Clientela e antros elementos do fundo de empresa CAPITULO III

FUNDO DE EMPRESA

1.803. *Conceito.* 1. Teorias sôbre o fundo de empresa. 2Insignia. 3. Natureza mobiliária do fundo de empresa. 4

Pluralidade de fundos de empresa

1.804. *Negócios jurídicos e fundo de empresa* . 1. Transferência do fundo de empresa. 2. Cláusulas no contrato de transferência do fundo de empresa. 3. Negócios jurídicos de caráter pessoal . 4. Créditos e débitos de origem não -

negocial. 5 Dividas da empresa. 6. Usufruto

1.805. *Elementos componentes do fundo de empresa* . 1. Elementos corpóreos e elementos incorpóreos. 2. Elemento essencial. 3.Imóvel, elemento do fundo de empresa. 4. Elemento emanado do emprego do nome civil e no me comercial. 5. Aviamento. 6. Titulo da empresa ou insígnia

MERCADORIAS

§ 1.813. *Conceitos de mercadoria, gêneros e fazendas.* 1. Mercadoria, mercancia. 2. Gêneros. 3. Fazendas

§ 1.814. *Outros conceitos.* 1. Efeitos de comércio. 2. Cereais

§ 1.815 *Designação das mercadorias.* 1. Designação e uso do tráfico. 2. Tabelas das mercadorias

§ 1.816. *Determinação das mercadorias.* 1. Mercadoria determinada por individualização. 2. Mercadorias determinadas pelo gênero e

qualidade, pelo menos. 3. Quantidade. 4. Sistema de pesos e medidas. 5. Determinação por aproximação .6.Quebra normal nas medidas

§ 1.817. *Valor e preço das mercadorias.* 1. Conceitos. 2. Fixação do preço

§ 1.818. *Cláusulas sObre preço.* 1. Cláusulas freqüentes . 2. Cláusulas de modo de pagamento

§ 1.819. *Procedência estatal e procedência interesta tal das mercadorias.* 1.Procedência estatal. 2. Mercadorias estrangeiras

§ 1.820. *Rotulagem obrigatória das mercadorias* . 1. Conceito de rotulagem. 2. Interesse na rotulagem. 3. Indicação de origem ou procedência. 4. Tradição e transferência de direito

§ 1.821. *Circulação das mercadorias.* 1. Circulação e regime jurídico. 2.Aquisição da propriedade e circulação das mercadorias. 3.Circulação regular e circulação irregular. 4. Tradição de mercadorias. 5. Lugar de entrega CAPÍTULO *V*

EMPRESA , FUNDO DE EMPRESA E ATIVIDADE EXTERIOR DAS EMPRESAS

§ 1.822. *Direito comercial e industrial e empresa.* 1. Comércio e empresa . 2. Empresa e fundo de empresa. 3

Dirigentes.4. Empregados

§ 1.823. *Natureza da empresa* . 1. Precisão de conceitos. 2 Importância e utilidade do conceito de empresa

§ 1.824. *Projeção da empresa.* 1. Empresa e projeção de atividade. 2.Concentração-efusão de empresas CAPITULO VI

TíTULOS REPRESENTATIVOS

§ 1.825. *Títulos e mercadorias.* 1. Propriedade mobiliária e títulos representativos. 2. Armazéns gerais. 3. Matrícula dos armazéns gerais. 4. Empresários, administradores e empregados. 5. Afixações à porta das empresas públicas e particulares

§ 1.825. *Deveres das empresas de armazéns gerais.* 1. Livros. 2 Limitações à atividade das empresas de armazéns gerais. 3 Dever de documentação

§ 1.827. *Negócio jurídico entre empresa de armazéns gerais e dono das mercadorias depositadas.* 1. Negócio jurídico de armazenagem. 2. "Do íure condendo" e "de iure condito". 3. Fiscalização. 4. Exame das mercadorias e conferência das amostras

§ 1.828. *Responsabilidade das empresas de armazéns gerais.* 1. Finalidade dos armazéns gerais que criam títulos representativos. 2. Responsabilidades (regras jurídicas cogentes e regra jurídica dispositiva unilateral

§ 1.829. *Direitos do depositário; prazo dos depósitos nos armazéns gerais e leilão das mercadorias.* 1. Técnica da Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903. 2. Expiração do prazo e suas conseqüências . 3. Amortização dos títulos e leilão público por excedência do prazo. 4. Venda e produto da venda.

5.Direito de retenção. 6. Pretensão das empresas de armazéns gerais a indenização por atos ilícitos do dono das mercadorias

§ 1.830. *Títulos representativos e armazéns.* 1. Técnica da representatividade dos títulos. 2. Conhecimento de depósito e "warrant". 3. Requisitos comuns dos dois títulos. 4. Responsabilidade dos armazéns gerais quanto a endossatários dos títulos

§ 1. 831. *Circulação do conhecimento de depósito e do "warrant".* 1. Transferência da propriedade e endosso . 2.

Endosso em preto e endosso em branco. 3. Endosso dos dois títulos e endosso do conhecimento de depósito sozinho ou do "warrant" sozinho . 4. Perda, roubo, furto, extravio ou destruição do conhecimento de depósito e dç

"warrant"

§ 1.832. *Relações entre a empresa de armazéns gerais e os donos dos títulos especiais emitidos por ela e dos títulos postos, contra a sua vontade, em circulação.* 1. Divisão do todo de mercadorias entregues ao armazém geral. 2.

Apresentação dos títulos. 3. Retirada parcial. 4. Inadimplemento da divida garantida pelo "warrant". 5. Ação regressiva. 6. Ação executiva do portador do conhecimento de depósito. 7. Ação de enriquecimento

injustificado. 8.

Salas de vendas públicas

§ 1.833. *Títulos não-representativos.* 1. Documentos. 2. Títulos em que há incorporação. 3. Bilhete de mercadorias.

4. Trapiches e armazéns de depósito

§ 1.834. *Penalidades em matéria de armazéns gerais.* 1. Direito especial. 2. Direito comum Título III

PROPRIEDADE MOBILIÁRIA

(bens corpóreos)

Parte 1. Conceito e natureza da propriedade mobiliária

PROPRIEDADE MOBILIÁRIA

§ 1.656. Classificação dos bens pela deslocabilidade e por lei

1.BENS IMÓVEIS E BENS MÓVEIS, DISTINÇÃO E RELEVÂNCIA VARIÁVEL. Os dois conceitos de ben8

imóveis e de bens móveis, a despeito de cerne imutável, que corresponde à distinção mesma, variaram através dos séculos e ganharam relevância maior, ou a perderam, conforme necessidades práticas de cada momento histórico. O

critério da dicotomia é econômico-social, porém seria absurdo deixar-se de perceber o elemento naturalístico que está à base de cada um. Imobilidade, mobilidade. De sistema jurídico a sistema jurídico mudam de colocação alguns sêres, porém mais em virtude de relações jurídicas novas, ou de relações que se erigiram em dados para a definição.

No direito romano clássico, a classificação em res *mancipi* e *res neo mancipi* tinha importância que não se poderia esperar à distinção entre bens imóveis e bens móveis. Por volta do século VI ganha essa em

significação e aplicação.

E‟ interessante observar-se que a distinção entre as formas solenes e não-solenes acompanha a divisão das coisas, que, no momento, prevalece.

A imobilidade é a regra, no mundo jurídico. A terra e as águas, as árvores e mais seres ligados à terra, fazem-nos um como tapete fixo em que o que é móvel apenas marca, aqui e ali, os seus passos e os seus caminhos. O que não se pode deslocar, o que não se pode transportar, é imóvel. A impossibilidade da mudança de lugar como que enche de elemento invariável o conceito de bem imóvel. Todavia, desse imutável pode-se tirar o mutável. Do mar tiram-se água, animais e vegetais; da terra, areia, pedra, barro, detritos de origem vegetal e animal. O direito não trata tudo isso como “o que se tira do mar”, ou “o que se tira da terra”. A água é parte que se separa. O peixe que está a andar, ou metido nas anfractuosidades das margens, ou no fundo do mar, ou dos rios, não é parte dele . Nem os animais o são da terra em que nasceram ou vivem, ou em que nasceram e vivem. A água é considerada parte da terra. As pedras, o barro, o mármore, tudo com que se edifica e tudo que dá acabamento artístico e conforto ao edifício pertencem ao terreno, são parte dele .

Grande fator das transformações conceptuais e do aperfeiçoamento da técnica jurídica quanto a bens móveis foi o ter-se relevado a sociedades cuja estrutura jurídica mudava não serem *res viles* os bens móveis. A produção industrial, intelectual, artística e científica passou a encher a superfície da terra, em constante reproduzir-se e consumir-se da maioria dos bens criados pelo homem. O que em alimentos, vestes e utensílios para a vida, alguns países produzem poderia recobri-los algumas vêzes, cada ano. Em comparação com a vida agrária antiga, medieval e pré-industrial, a vida agrária de hoje assume altura enorme. O valor da industria, excedendo a produção artesã, e o numerário do comércio, das indústrias e dos bancos suplantaram o valor das terras.

2.BENS MÓVEIS, OBJETO DE DIREITO DAS COISAS. No

direito brasileiro, bens móveis, objeto de direito das coisas, não são só os objetos corpóreos. No art. 47, diz-se que são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por fôrça alheia;

porém, no art. 48, já se acrescenta que se têm por bens móveis, “para os efeitos legais”, os direitos reais sôbre objetos móveis e as ações correspondentes, os direitos de obrigação e as ações respectivas, e os direitos de autor. No Código Penal, art. 155, §

3~o, assentou-se que se equipara à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Em todo caso, o direito das coisas mobiliário só abrange as coisas móveis (em sentido estrito)~ os direitos de autor, a propriedade industrial e a energia elétrica ou outra qualquer que tenha valor econômico, espécie que se subsume na primeira.

7

Supomos conhecidos os conceitos de partes integrantes (Tomo II, §§ 124, 127-131) e de pertenças (II, §§ 132, 2, 139, 2, 143-149), antes estudados. Outrossim, os conceitos de universalidades de direito e de fato (Tomo II, § 135, 3). A pertença participa do destino jurídico da outra coisa, sem ser parte dela.

3. FRUTOS NATURAIS. Os frutos naturais são coisas, se separados. Os frutos civis quando se consideram como objeto de direito a eles , ou de pretensão a exigi-los, ou de ação para cobrá-los, são objeto de divida, pretensão, ou ação; mas, prestados, ou arrestados, ou seqüestrados , ou de outro modo constritos, são coisas. O dinheiro, que paguei, é coisa, bem móvel regido pelo direito das coisas, coisa fungível, se excepcionalmente não lhe adveio infungibilidade , como acontece às moedas de pais que foi riscado do mapa político do mundo. Aliás, quem tem de prestar imóvel, com as dimensões tais, sem se lhe fixar situação, presta coisa incerta, e não coisa certa; ao passo que há de prestar coisa certa o que prometeu restituir a cédula de mil cruzeiros em que alguém escreveu provérbio.

4.ENERGIA ELÉTRICA , ATÔMICA E OUTRAS ENERGIAS. Se a energia tem valor econômico, insere-se no mundo jurídico cOmo bem da vida. A certo momento da dogmática jurídica tentou-se considerar a energia natural, por sua procedência e ligação, bem imóvel, com o que se dificultariam os negócios jurídicos sôbre energia.

Procedência e isolabilidade não são „o mesmo que separabilidade. A energia elétrica, que se consome, separa-se, pois que se mede o que se

gasta e se corta o fluxo. Não é isolável se não foi separada, independentizada. Os negócios jurídicos sôbre energia são negócios jurídicos sôbre o que se gaste, se isole. As energias são coisas e coisas móveis.

Desde que se façam suscetíveis de apropriação, o que chega ao máximo de evidência com a distribuição ou os carregamentos de aparelhos, podem ser objeto de relações jurídicas.

A apropriação sem titulo justo das energias, que se tornaram coisas em comércio, ainda que destinadas ao uso do produtor, é furto (Código Penal, art. 155, § 3.0: "Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico", onde se devera ter escrito "E" bem móvel...").

A energia dos animais é bem móvel. Se A loca os cavalos de B para arrastar madeira, a prestação de B é em energia animal. Se A, escondido, emprega os cavalos de E, furta energia animal. A energia genética não é bem à parte; o poder dos garanhões, nas fazendas, não se tem por bem móvel separado deles , que são reprodutores. Quem utiliza para as fêmeas da sua empresa agrícola, contra a vontade ou sem a vontade do dono, tal energia, não furta. Ofende a propriedade privada ou pública imobiliária, diminuindo-a.

Nem todos os direitos reais podem ser constituídos tendo por objeto a energia. O domínio, sim. Qualquer contraente das companhias de eletricidade é dono da energia que passou pelo medidor. Tudo se há de conceber como se a energia fosse guardada pelos fios, ou caixas de pilhas. Quem a subtrai antes de ser medida furta à companhia que a distribui; quem a subtrai depois da medição, ainda que esteja a escapar, furta ao que a adquiriu. Depois do escapamento, é *res nuilius.* Não há penhor de energia elétrica. Há posse, com a tutela possessória dos bens móveis.

O negócio jurídico de fornecimento de energia elétrica é compra-e-venda, e não locação: promete-se transferir a que se marca no medidor, ou se promete que passe pelo medidor x durante o tempo t, ou se promete alimentar o funcionamento das máquinas tais, tantas horas por dia.

O gás de iluminação e de cozinha é bem móvel; a apropriação dele sem título é furto. De regra, a propriedade dêle transfere-se no momento mesmo em que o relógio faz a medida.

5.DIREITOS REAIS SÔBRE BENS MÓVEIS. Todos os direitos,

pretensões e ações concernentes a bens móveis são submetidos às regras jurídicas que se formulam para as coisas móveis. E‟ o que diz o Código Civil, no art. 48:

“Consideram-se móveis para os efeitos legais: 1. Os direitos reais sôbre objetos móveis e as ações correspondentes.

II. Os direitos de obrigação e as ações respectivas. III. Os direitos de autor”. No art. 44, estatuira: “Consideram-se imóveis para os efeitos legais: 1. Os direitos reais sôbre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram. II. As apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade. III. O direito à sucessão aberta”. Assim, o usufruto de bens móveis é bem móvel; o uso sôbre bens móveis é bem móvel; o penhor é bem móvel, como o é a coisa empenhada; os privilégios sôbre bens móveis, as pretensões e as ações para se haver dinheiro, ou outras coisas móveis, são bens móveis; idem, as pretensões e ações que se destinam à prestação de fazer ou de não fazer, inclusive manifestar ou declarar vontade.

A ação hipotecária ou, mais largamente o direito, a pretensão e a ação de credor hipotecário, se bem que o crédito seja de dinheiro, são direito, pretensão e ação reais imobiliários. Também o usufruto de imóvel tem por finalidade uso e fruição e não se há de dizer que não é bem imóvel.

As ações de sociedades civis, comerciais ou industriais, ainda que o capital conste de imóveis e móveis, são bens móveis.

O direito de renda imobiliária é direito real imóvel. O objeto do direito é o imóvel, e não a renda, como se dá com a hipoteca e o usufruto de imóvel. Diferente é o que ocorre com a pretensão do locador contra o locatário (F.

LAURENT, *Principes,* V, n. 490; sem razão, N. COvIELLO, *Manuale,* 265). O objeto da locação é a prestação do locador, não o imóvel. O Código Civil brasileiro, no art. 44, 1, somente considera bens imóveis os direitos reais sôbre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram. Os direitos de obrigação e as ações respectivas são bens móveis (art. 48, 1).

Os créditos garantidos por hipoteca ou penhor podem ser caucionados (Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934.

art. 1.0). A caução de tais créditos é direito real mobiliário, conforme

resulta do próprio texto do art. 1.0: “Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para êsse efeito, considerar-se-ão coisa móvel”, cuja redação revela a falta de cultura, ainda na língua, dos legisladores daquele momento.

6.OBJETO DO DOMÍNIO. Não só as coisas singulares são objeto de propriedade; as universalidades de direito podem ser objeto de usufruto (art. 714) e de propriedade. Só as coisas íntegras, e não partes divisas das coisas. Por isso mesmo, para se conceber a propriedade dos apartamentos, teve-se de partir da propriedade da parte ideal do terreno. A coisa há de ser ou estar determinada. Se só é determinada pelo gênero, a propriedade não se constitui: se A compra a E mil quilos de café e B declara que transmite a propriedade, B é devedor e obrigado pelos mil quilos de café; porém a propriedade não se transmitiu: ou teria de haver a tradição (art. 620, V), ou cessão segundo o art. 621, que exige a determinação concreta, ou o constituto possessório (art. 620, □

2 a parte), que também a exige. Se A

compra a B mil sacos de café, sem haver número de cada saco, ou marca dos mil, o acordo de transmissão é inoperante: B é devedor e obrigado, porque A não adquiriu a propriedade. Se A compra a B os mil sacos dos dois mil que se acham depositados no armazém 23, em nome de B, que declara transmitir os mil, estabelece-se compropriedade das vinte mil sacas.

§ 1.657. Registro de bens móveis

1.REGISTRO DE BENS MÓvEIS, EXIGÊNCIA EXCEPCIONAL. Se a lei exige que algum bem seja registado, o dever de inscrição só se há de entender para certos efeitos (plano da eficácia, e não plano da existência). Raramente as leis dos diferentes sistemas jurídicos exigem a inscrição para que se possam constituir negócios jurídicos (plano da validade). De ordinário, a sanção é policial ou penal.

2. VEÍCULOS AUTOMOTORES. (a) Os veículos automores estão sujeitos a licença (que é ato jurídico administrativo), taxas e emolumentos, registro e placas. Cf. Decreto-lei n. 8.690, de 16 de janeiro de 1946, art. 75.

No art. 43 elucida-se: “São considerados veículos automotores: 1 os

automóveis, caminhões e auto-ônibus; II as motocicletas, com ou sem "side car" e similares; III os bondes elétricos e similares". Todavia, o art. 75 do Decretolei n. 8.690 só se referiu ao art. 43, 1 e II. A infração é punida com multa (Decreto-lei n. 8.690, art. 76). Os proprietários que transferirem domicilio ou residência têm de fazer nôvo registro (art. 81), entendendo-se por transferência a permanência por mais de sessenta dias (art. 81, parágrafo único).

A inscrição no registro deve conter a declaração do nome e da residência do dono do veículo e das características do veículo. Todavia, tal inscrição não tem qualquer efeito constitutivo ou transíativo de propriedade. O registro só tem finalidade

policial e de publicidade. A prova da posse e da propriedade faz-se segundo os princípios de direito privado. Para eficácia a respeito de terceiros, os negócios jurídicos sôbre veículos .automotores têm de ser registados no registro de títulos e documentos (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 134, 1 e II, e 135; cf. art. 136, 5□o e 7.0:

"os contratos de compra-e-venda de automóveis, quaisquer que sejam as formas de que se revistam").

3. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA. (b) As apólices da dívida pública são bens móveis; deixam de o ser se gravadas com a cláusula de inalienabilidade (Código Civil, art. 44, II). Têm elas, se federais, o registro de que fala o art. 5~0 do Decreto n. 35.913, de 28 de julho de 1954, no qual se mencionam o número e data do decreto que autorizou o empréstimo, a taxa de juros, o número de ordem, nome, estado civil e nacionalidade do tomador dos títulos, ou a cláusula ao portador, o valor, quantidade, numeração dos títulos e importância total, relativos a cada possuidor, o número do processo ou de qualquer outro documento de que se origine a emissão, como a sua natureza (subscrição compulsória ou voluntária). O art. 5□0, parágrafo único, do Decreto n. 35.913 explicita: "Tratando-se de títulos ao portador, omitem-se os elementos que identifiquem o subscritor". O tomador, inclusive em se tratando de apólices ao portador, tem direito a certificado que comprove a origem legal dos mesmos (Decreto n. 35.913, art.

6.0); mas o *titulus* está na apólice, e não na certidão. As cautelas provisórias são *titulus.* A entrega de títulos definitivos somente se dá com baixa e inutilização material (Decreto n. 35.913, art. 9.0); de jeito que o Estado é responsável pelas que não foram inutilizadas:

se ainda estão em comércio, ou se foram postas no tráfego jurídico, títulos são, e o Estado tem de os tratar como se não tivessem sido substituidos (cf. Constituição de 1946, art. 194).

O registro dos títulos de divida pública é *constitutivo.* Tratando-se de transferência de títulos nominativos, somente após o registro se dá a transmissão por ato jurídico entre vivos (Decreto n. 35.913, art. 29: "As transações sôbre títulos da divida federal interna fundada só poderão ser realizadas em bolsa , no conformidade da legislação em vigor"; art. 30: "A transferência de propriedade dos títulos nominativos far-se-á através dos registros competentes, na Caixa de Amortização e nas Delegacias Fiscais"). A transmissão por morte é de acordo com o art. 1.572 do Código Civil; apenas a eficácia da partilha é que depende do registro dessa no registro de imóveis e do registro da distribuição das apólices na Caixa de Amortização ou nas Delegacias Fiscais.

4. NAvIOS. (c) Todo navio, destinado a navegação, de mais de vinte toneladas, ou não, tem de ser *registado* (cf.

Código Comercial, arts. 460, 466 e 467). Salvo para os que têm menos de vinte toneladas, o registro é no Tribunal Marítimo (Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, art. 75: "O registro da propriedade das embarcações de mais de vinte toneladas tem por objeto a nacionalidade, validade, segurança e publicidade da propriedade das embarcações brasileiras", regra jurídica que se há de ler como se lá estivesse escrito: o registro tem por finalidade a publicidade e a outorga da qualidade de embarcação nacional, bem como vigiar a validade dos negócios jurídicos de alienação e assegurar a observância da lei nas transmissões de propriedade; art. 76: "Adquire-se a propriedade da embarcação pela construção ou qualquer outro meio de direito. A transmissão, todavia, só se completa pelo registro no Tribunal Marítimo~~ ,- regra jurídica que se há de ler como se se houvesse escrito: "A transmissão entre vivos só se opera com o registro..."). As embarcações de pesca estão sujeitas a êsse registro e às regras jurídicas do Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938, arts. 27-41, inclusive quanto ao certificado do Serviço de Caça e Pesca. Sôbre a navegação de cabotagem, veja o Decreto-lei n. 2.538; de 27 de agôsto de 1940.

O registro é, de regra, no Tribunal Marítimo. Para as embarcações de menos de vinte toneladas brutas é eficaz o registro na capitania do pôrto, que tem o dever de remeter cópia ao Tribunal Marítimo (Lei n. 2.180, art. 80), porém a falta da remessa não obsta à eficácia do

registro. No art. 81, diz a Lei n. 2.180: “Nenhuma embarcação nacional de mais de vinte toneladas brutas, construída no país, ou adquirida no exterior, terá trânsito livre em águas brasileiras, se a sua propriedade não estiver registada”. Isso não quer dizer que o tenham as embarcações de menos de vinte toneladas brutas que não estiverem registadas na respectiva capitania do pôrto.

Mediante o registro, o navio, que era bem móvel ainda não introduzido no rol dos bens móveis destinados à navegação, entra nesse rol, com as consequências previstas pela lei. Somente após o registro se expede ao dono do navio o título de propriedade naval (Lei n. 2.180, art. 77). No caso de condomínio, o título é um só, nêle indicados todos os condôminos e as respectivas quotas (Lei n. 2.180, art. 78), podendo o Tribunal Marítimo dar a cada condômino uma via do título com a declaração expressa: “via para condômino” (art. 78, *§* 1.0); se ocorre perda ou destruição, pode ser expedida segunda via (art. 78, *§* 2.0), com declaração de o ser. No art. 79, a Lei n. 2.180 prevê a expedição de documento provisório, até que o documento definitivo possa ser expedido.

O pedido de registro há de declarar: a) o nome do proprietário, nacionalidade, estado civil, domicilio e residência; *b)* o nome da embarcação e do construtor, o lugar e a data da construção; e) o tipo e a classificação, o comprimento, a bôca, o pontal, o contôrno, o número de cobertas e o número de porões; *d)* borda livre, calado máximo, tonelagem bruta e líquida, pêso máximo de carga; *e)* material do casco; *1)* máquina, construtor e tipo fôrça; g) caldeiras, construtor, tipo, número e pressão de regime; *h)* combustível, capacidade das carvoeiras ou tanques; *i)* propulsor‟ e velocidade; *j)* estação radiotelegráfica, características e indicativo de chamada; *k)* a aptidão para navegar em alto mar; *1)* o preço de construção ou aquisição (Lei n. 2.180, art. 86). O pedido há de ser instruído com os seguintes documentos: a) certidão do registro de nascimento do proprietário ou prova equivalente; *b)* se pessoa jurídica o proprietário, prova de poder ser proprietário de navio nacional (cf. Lei n. 2.180, art. 83, *b); c)* certificado de vistoria inicial; *d)* planos da embarcação; *e)* título de aquisição, ou, em caso de construção, prova de quitação do preço e de que o projeto de construção foi aprovado pela autoridade competente; *f)* prova de quitação de ônus fiscais que incidam sôbre a embarcação e do ato transíativo do domínio; *g)* certificado de arqueação; *h)* certificados de segurança da embarcação, de segurança radiotelegráfica, de borda lisa, e outros exigidos por fôrça de convenção internacional; *i)* passaporte extraordinário de autoridade consular brasileira, quando se trate de embarcação adquirida no estrangeiro (Lei n. 21.080, art. 87).

O pedido tem de ser assinado pela pessoa que se diz proprietária, ou por seu representante legal, ou órgão, ou procurador. Se há mais de um, todos os que se dizem condôminos têm de assinar, ou o de maior quinhão, referindo -

se, expressa-mente, aos demais e às respectivas quotas (Lei n. 2.180, art. 89). Se a embarcação pertence à União, a Estado-membro, ao Distrito Federal, a Território ou a Município, a entidade autárquica ou paraestatal, ou sociedade de economia mista, o pedido é feito por oficio (Lei n. 2.180, art. 89, parágrafo único).

(No Código Comercial, art. 461, apenas se dizia: "O registro deve conter: 1) a declaração do lugar onde a embarcação foi construída, o nome do construtor e a qualidade das madeiras principais; 2) as dimensões de embarcação em palmos e polegadas, e a sua capacidade em toneladas, comprovadas por certidões de arqueação com referência à sua data; 3) a armação de que usa, e quantas cobertas tem; 4) o dia em que foi lançada ao mar; 5) o nome de cada um dos donos ou compartes, e os seus respectivos domicílios; 6) menção especificada do quinhão de cada comparte, se fôr de mais de um proprietário, e a época da sua respectiva aquisição, com referência à natureza da data do título, que deverá acompanhar a petição para o registro. O nome da embarcação registada e do seu proprietário ostensivo ou armador serão publicados por anúncios nos periódicos do lugar".) Na Lei n. 2.180, diz o art. 76, parágrafo único: "Presume-se proprietária, até sentença judicial transitada em julgado, a pessoa natural ou jurídica em cujo nome estiver registada a embarcação". O art. 76, parágrafo único, da Lei n.

2.180 corresponde ao art. 859 do Código Civil, concernente ao registro de imóveis. A regra jurídica do art. 76, parágrafo único, da Lei n. 2.180, tenta obviar aos inconvenientes do desajuste entre a história dos direitos e o registro. Também a respeito dela se há de distinguir a *fé pública* que o registro no Tribunal Marítimo e nas Capitanias de Portos tem e a *eficácia por presunção de autenticidade e verdade.* Presunção é menos do que fé pública. A presunção, só por si, não protege o terceiro, porque a presunção se elimina, cancelando-se o registro, ou modificando-se, em virtude de retificação. Ocorre, quanto à fé pública, que não há, a respeito de navios, o que se inseriu no Código Civil, art. 530, 1, a propósito de imóveis, de modo que não há óbice a que se vá contra o adquirente *a non domino,* embora haja êsse confiado no registro e esteja de boa fé. Dai não se poder equiparar à situação dos que adquirem imóveis a dos que adquirem navios (cp. Tomo XI, *§§* 1.219, 1, e 1.222). A relevância do art. 76, parágrafo único, da Lei n. 2.180, é quase só processual (civil, registaria,

administrativa, penal). Qualquer pessoa, que interêsse tenha, pode ir contra a presunção, inclusive o herdeiro, ou o legatário, que prove o direito hereditário. Contra a presunção somente se vai com a prova da inexatidão *material* do registro. Se há dois registros diferentes do mesmo navio, tem-se de provar a aquisição segundo o direito material. A presunção não concerne a circunstâncias fácticas, como o tamanho do navio, ou a qualidade dos motivos. A presunção somente se refere a relações jurídicas. Quem vai contra a presunção tem de alegar e provar que o direito não existia, ou que o direito cancelado sobreviveu ao cancelamento. Se o titular do direito, a favor de quem há a presunção, alega que o ato era ineficaz, mas se tornou eficaz *(e.* g., o alienante do navio adquiriu, depois do registro, o navio, cf. art. 622, *2~a* parte), o ônus da prova cabe ao que veio contra a presunção, e não ao alegante.

O registro faz fé e tem a presunção legal em tudo que se refira a partes indivisas e quotas sôbre o todo.

Além do registro, o navio, que vai viajar, tem de *matricular-se.* A matrícula só se refere à viagem que o navio vai empreender e é restrita, temporalmente, a essa viagem. Deve ser feita no pôrto do armamento e conter: a) nomes, idades, estado, naturalidade, domicilio e ocupação a bordo, do capitão, oficiais e gente da tripulação; *b)* o pôrto de partida e destino e a torna-viagem, se estabelecida; c) as soldadas, com as especificações do ajuste; *d)* as quantias adiantadas ou prometidas por conta das soldadas; *e)* a assinatura do capitão e oficiais do navio e mais pessoas de bordo que saibam escrever (Código Comercial, art. 467). A matricula é inconfundível com o registro, porque êsse concerne à identificação e qualidade nacional do navio, ao passo que aquela diz respeito à viagem projetada, razão por que há de ser renovada. A matricula facilita a identificação do navio e distingue o navio nacional, além de dar ensejo à fiscalização das viagens.

5. AERONAVES. (d) Aeronave é o aparelho que, apto a transportar, possa ser elevado e dirigido no ar (Código do Ar, Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, art. 18). Públicas são as militares e as utilizadas pelo Estado em serviço público (art. 19); de modo que as aeronaves bens públicos dominicais (Código Civil, art. 66, III), que o Estado utilizar em serviço privado, se consideram privadas para os efeitos da legislação de navegação aeronáutica.

Entenda-se: serviço somente privado; e não serviço privado acidental. As aeronaves que cabem no art. 66, 1 e II, não perdem o caráter de

públicas por ocasionalmente ou irregularmente se empregarem em serviço privado. No art. 19, parágrafo único, do Código do Ar, explicita-se: ". . . considera-se militar toda aeronave comandada por pessoa incorporada às Fôrças Armadas nacionais em serviço ativo; e se assimilam às aeronaves privadas as públicas empregadas exclusivamente em tráfego comercial ou postal, quando dirigidas por civis A aeronave nacional é bem móvel. A aquisição e a perda da propriedade são regidas pelo direito comum aos bens móveis e pelo direito especial aos navios nacionais (Decreto n. 16.983, de 22 de julho de 1925, art. 18: "Vigorarão em relação às aeronaves as disposições dos Códigos Civil e Comercial aplicáveis aos navios nacionais", cf. Lei n.

4.911, de 12 de janeiro de 1925, art. 19).

A inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro é dotada de fé pública e há a presunção do art. 76, parágrafo único, da Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, concernente a navios (cf. Decreto n. 16.983, art. 18). Quanto à fé pública, é a mesma que têm os atos de registro naval. Todavia, no art. 26, o Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1938, foi mais longe do que a legislação sôbre navios: "A inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro, de acôrdo com o art.

22, importa, para a aeronave, na perda automática de qualquer matricula anterior". Pergunta-se: ~ o art. 26

estabelece a perda automática da propriedade? Não; a matrícula (aliás o registro) posterior tira eficácia ao registro anterior. Não se estatuiu que a propriedade se gera com o registro, ainda que o registante não tivesse a propriedade, nem o terceiro adquirente, que confiou no registro, a adquira *a non domino,* como se dá em direito imobiliário (Código Civil, art. 530, 1). Assim, o que se há de consultar é o direito civil sôbre móveis e o direito sôbre navios. O

art. 76, parágrafo único, da Lei n. 2.180, faz parte do direito de propriedade das aeronaves.

O adquirente que não conhece a inexatidão do registro está de boa fé. O que conhece está de má fé. Mas, enquanto, a despeito da má fé, o outorgado do direito de propriedade imobiliária adquire-a se quem consta do registro não é dono, não se dá o mesmo respeito a bens móveis que têm registro para a aquisição da propriedade. A fé pública, enquanto não cessa, faz ter eficácia, como sendo exato, o registro inexato (Tomo XI, *§* 1.225). As pessoas que vão adquirir precisam estar a par do registro imobiliário ou mobiliário; mas os arts. 530, 1, e

531, com o fundamento e as consequênqias que mostrámos no Tomo XI, *§* 1.226, especialmente, nos ns. 8 e 9, tornam proprietário o terceiro, ainda de má fé, que adquire de quem consta do registro.. Há *plus* que se soma à fé pública. Se A e B obtêm o registro, como outorgante e outorgado, e A não constava do registro como outorgante, B não adquire a propriedade imobiliária. Mas C, que seja outorgado de B, ainda de má fé, adquire; porque há os arts. 530, 1, e 531. Em todo ramo do direito em que não haja regra jurídica como a do art. 530, 1, C só adquire se estava de boa fé, desde que, *ex hypothesi,* B não havia adquirido.

Se A vende a B o navio, ou a aeronave, e A não constava do registro, e se obtém, a despeito disso, o registro, B não adquire. Tal qual se passa em direito imobiliário. Mas, se C compra de B, que já consta do registro, o navio ou a aeronave, e estava de má fé (~ conhecia a inexatidão do registro), C, com o registro que lhe foi feito, não adquire o navio ou a aeronave. Não há, a respeito do navio e da aeronave, a regra jurídica do art. 530, 1, -~o Código Civil.

A diferença é da máxima importância.

O que se passa, em direito brasileiro, com os navios e as aeronaves, é o mesmo que se observa em outros sistemas jurídicos quanto a imóveis; porém não o mesmo que rege a aquisição dos imóveis, pelo fato da transcrição, no direito brasileiro. Nio basta para se adquirir o navio ou a aeronave, se o alienante não é dono, o simples fato de constar do registro o nome do alienante, salvo se de boa fé o adquirente. Tratando-se de imóveis, abstrai-se da boa fé ou da má fé do terceiro, que adquire.

CAPÍTULO II

PROPRIEDADE DOS TíTULOS CAMBIÁRIOS E CAMBIARIFORME

§ 1.658. Presunção de propriedade dos títulos

1.POSSE E PRESUNÇÃO DA PROPRIEDADE. O que tem a posse imediata, própria, da coisa móvel, sem a ter recebido de possuidor mediato, não se presume, somente por isso, dono; mas o portador do título cambiário ou cambiariforme presume-se dono. Não lhe cabe,

portanto, o ônus de provar que é dono, nem que é possuidor próprio; o que lhe incumbe é provar a sua posse imediata. Se há servidor da posse, a presunção aproveita ao senhor da posse, e não àquele. Se o possuidor imediato mostra, de si-mesmo, que não possui como dono, pré-exclui a presunção. A presunção não apanha os títulos que não são cambiários ou cambiariformes. Se a posse é como proprietário, ou se o não é, é questão de fato. Seria de discutir-se a natureza da existência da presunção no direito brasileiro, que não tem a *Gewere* alemã ou o *En fctit de meubles possession vaut titre* (Código Civil francês, art. 2.279), mas exatamente a tem a respeito dos títulos cambiários e cambiariformes.

A presunção *juris tantum* pode ser não escrita, já o dissemos, pôsto que dificilmente apareça. A respeito dos outros bens móveis, a presunção é *hominis (aliter,* no direito alemão), e não *juris tantum.* Todavia, a tradição transmite a posse (art. 493, 1)e a propriedade (art. 620), o que estabelece a razão da presunção, só *hominis,* que não é dependente da concepção da *Gewere.* Se não existisse presunção, cair-se-ia, em certos casos, na *probatio diabolica:* o possuidor teria de dar prova de todas as propriedades anteriores à sua posse.

2.COMO OPERA A PRESUNÇÃO. A presunção opera a favor do possuidor dos títulos cambiários e cambiariformes, nao contra êle; nem a favor de terceiro, *e.* g., o credor do possuidor, que precisa provar pertencer ao possuidor a coisa *(G.* PLANCK, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 527). Mas a presunção serve ao que, perante o possuidor, ou perante anterior possuidor, é autorizado a possuir (J. BIERMANN, *Sachenrech~t,* 302). Se possuidor anterior prova que o fôra, e perdera, ou lhe fôra furtada a coisa, elide a presunção (cf. art. 521). Dá-se o mesmo quanto ao herdeiro ou o sucessor singular do possuidor anterior. Também se elide a presunção, se se prova que, a despeito de possuidor, o possuidor não adquiriu a propriedade, ou que a perdeu. Por outro lado, quem alegar a propriedade e a posse, não conseguindo provar a essa, tem de dar prova da propriedade.

3.PRESUNÇÃO NO PRETÉRITO. O possuidor imediato anterior presume-se ter tido propriedade durante a sua posse. O ônus de provar que perdeu aquela, ao cessar essa, incumbe a quem alega que a perdeu. Mas, para elidir a presunção, basta ao adversário alegar e provar que o possuidor anterior, ao adquirir a posse, não adquirira a propriedade. Porque, então, é ao possuidor anterior, invertido o ônus

da prova, que toca alegar e provar a aquisição posterior. O que reivindica se põe em situação mais forte.

4. POSSE MEDIATA E POSSES MEDIATAS. Em caso de posse mediata, a presunção é a favor do possuidor mediato. Se há duas ou mais posses mediatas, a presunção é a favor do possuidor mediato de último grau (cf. J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 301)

5.POSSE E POSTERIOR PROPRIEDADE. Se o possuidor alega que adquiriu depois da posse a propriedade, o ônus da prova incumbe-lhe. O possuidor, a favor de quem tem eficácia a presunção, não precisa dizer como adquiriu, nem de quem. (É assaz importante saber-se que a presunção de ser dono o possuidor não significa que, se há posse, existe propriedade; e sim que, adquirindo a posse, adquiriu a propriedade.) O que foi depositário ou credor pignoraticio e pretende que se tornou, depois, dono, por *traditio brevi manu,* não pode invocá-la; tem de provar a aquisição da propriedade. O que adquiriu do depositário ou do credor pignoratício, e não do dono, e alega que o dono ratificou a alienação, tem de provar a ratificação. A presunção é de começos simultâneos da posse e da propriedade. Certos, O. PLANCK *(Kommentar,* ~, □

4 a ed., 526) e FR. LEoNHARD *(Die Be"weislast, 2~a* ed., 393); sem razão,J.W. HEDEMANN *(Die Vermutung,* 273).

6.DIREITO REAL LIMITADO E PRESUNÇÃO. A presunção apanha aquêles casos em que o possuidor imediato se atribui direito real, como usufruto, ou penhor, ou posse facultada por aquêle que é possuidor mediato. Para os compossuidores, há presunção de propriedade comum. Se um dos que são apontados como compossuidores alega e prova que os outros são possuidores não-próprios, ou possuidores próprios porém não proprietários, a presunção é só a favor dêle e da exclusividade. Se há comunidade, sem que se saiba se é *pro indiviso,* ou *pro diviso,* presume-se ser *pro indiviso;* se há dúvida sôbre as quotas, presumem-se iguais (art. 639)
7.AçÃo DE REIVINDICAÇÃO E PROVA. Na *rei vindicatio,* o ônus da prova de não ser dono o possuidor toca ao demandante. Não basta provar que *foi* dono, tem de prover que o é e, pois, q1~e não é dono ou deixou de o ser o demandado. Na *ação negatória,* o possuidor é tido como proprietário, porque se diz tal (J. W. HEDEMANN, *Die Vermutung,* 286 5.): não precisa alegar e provar os fatos de que se

irradiou o efeito da aquisição. Nas *ações de indenização* e outras ações de direito das obrigações, o possuidor, que se diz proprietário, não precisa provar que o é; a prova da posse própria basta.

8. PERDA E FURTO. De regra, a propriedade móvel adquire-se por tradição; os outros modos de aquisição não são *id quod plerum que fit.* A respeito das coisas *perdidas* e *furta das,* a presunção encontraria "presunção" contrária, que é a de que se cortou a série de possuidores-donos. É preciso, portanto, que se haja alegado e provado a perda, extravio, furto, ou roubo, isto é, a posse anterior. A posse do demandado, que seria simultânea à aquisição da propriedade, tem contra si a alegação de perda, extravio, furto, ou roubo. A presunção não se estabelece. Fora dai, o demandado tem de alegar e provar que adquiriu, a despeito do que se passou, a propriedade, por usucapião.

9.LEILÃO, FEIRA OU MERCADO. Quanto ao que se comprou em *leilão, feira-* ou *mercado,* a lei civil brasileira somente dá ao comprador-possuidor direito pessoal ao preço, por que o comprou, segundo o art. 521, parágrafo único; naturalmente com *direito de retenção* (arg. ao art. 518, *in une).* O art. 521, parágrafo único, contém presunção de ser de boa fé o possuidor que adquiriu em leilão público, feira, ou mercado. O art. 521, parágrafo único, incide, ainda que se trate de coisa perdida, extraviada, furtada, ou roubada. Aqui, não é só de títulos cambiários e cambiariformes que se trata.

§ 1.659. Propriedade

1.LEX SPECIALIS. A respeito dos títulos cambiários e cambiariformes há a *lez specialis:* o possuidor de boa fé adquire a propriedade, quer se trate de titulo endossável quer de Parte II. Aqujaiçio da propriedade mobiliária titulo ao portador, o que melhor se verá quando tratarmos da aquisição da propriedade pela posse de boa fé.

2.CONSEQUÊNCIAS DA REGRA JURÍDICA ESPECIAL. Uma vez que, no tocante a certos bens mó veis, que são os títulos cambiários e cambiariformes, excepcionalmente se faz adquirir a propriedade se se adquire *a non domino* de boa fé, a posse de boa fé é que é, em verdade, o modo de adquirir, e toda discussão de domínio se tem de colocar nos planos das relações possessórias e da boa fé.

§ 1.660. Aquisição da propriedade mobiliária

1.MODOS DE AQUISIÇÃO. A propriedade dos bens móveis adquire-se: pela ocupação, que é a apropriação das coisas *nuilius* ou abandonados por seus donos (derrelictas), arts. 592 e 593, pela caça, arts. 594-59 8, pela pesca, arts.

599-602, e pelo encontro de tesouro, art. 607-610; pela especificação, arte. 611-

-614, confusão, comistão e adjunção, arts. 615-617; pela separação e posse, ou somente pela posse, em virtude de direito a frutos, arte. 510-512, e 620; pela posse de boa fé (títulos cambiários e cambiariformes); pela tradição em virtude de negócio jurídico (arts. 620-622); pela sucessão universal e pela comunhão de bens (arte. 1.572, 1.690-1.707, 230, etc.); pela usucapião, arte. 618 e 619; pela sub-rogação real; por ato do Estado, tal como se dá após a desapropriação, ou por fôrça de lei, *e. g.,* nas espécies dos arte. 598 e 601 e na invenção, arts. 603-606. Quem lê os arte. 603-606 logo há de perceber que a achada, dita invenção, de objetos perdidos não é aquisição, a despeito da colocação de tais regras jurídicas entre as regras jurídicas sôbre pesca e as regras jurídicas sôbre tesouro. Por outro lado, os títulos cambiários e cambiariformes e os títulos ao portador têm os seus modos especiais de aquisição. A desapropriação não é modo de adquirir; é modo de perder. Bem assim a requisição expropriativa (Constituição de 1946, art. 141, § 16, *2~a* parte). A aquisição opera-se por ato do Estado, se é caso de operar-se *(aliter,.* se à perda sucede passar a coisa a ser de todos).

2.ORDEM METÓDICA DA EXPOSIÇÃO. A ordem em que se hão de tratar as matérias pertinentes à aquisição da propriedade mobiliária tem de ser diferente da que se adotou para as matérias pertinentes à aquisição da propriedade imobiliária. Não há ocupação de bens imóveis. A usucapião exerce papel menos relevante em se tratando de bens móveis.

A ordem de mais préstimo prático é a seguinte:

1.Ocupação: ocupação simples, ou inqualificada, caça, pesca, invenção de tesouro. Exclui-se a achada de coisas perdidas, porque, a despeito

da colocação que lhe deu o Código Civil, não há ocupação pela qual se adquira achádigo, seria preciso que primeiro fôsse derrelicta a coisa perdida, ou o dono perdesse, por alguma causa prevista em lei, a propriedade.

II.Usucapião.

III. Especificação.

IV.Acessão.

V.Confusão e comistão.

VI.Separação de partes integrantes.

VII.Aquisição em virtude de lei.

VIII.Aquisição pela posse de boa fé.

IX. Tradição.

X. Sucessão universal e sucessão singular a causa de morte.

§ 1.661. Sub-rogação real e comunhão matrimonial de bens

1.CONCEITO. A sub-rogação real passa-se no mundo jurídico. Ao mundo fáctico é estranho o que está a acontecer ou aconteceu no plano da eficácia jurídica. Muda-se o objeto de certa relação jurídica (Tomo V, § 602). Não depende da singularidade ou da coletividade do bem. Nem de ser imóvel ou móvel; se bem que a sub-rogação real de móvel, salvo títulos de crédito ou de sociedade, seja rara. O que mais ocorre é a substituição objetiva, que nada tem, em si, com a sub-rogaçao real.

2.MODO DE AQUISIÇÃO. A sub-rogação real não é modo de aquisição da propriedade. Supõe que se adquiriu a propriedade de um bem e se perdeu a propriedade de outro.

Na sub-rogação real, a aquisição da propriedade do bem é em virtude de sentença, ou de negócio jurídico, ou de lei.

Não se pode pensar, portanto, em modo de adquirir. A perda do outro

bem é em virtude de sentença, ou de negócio jurídico, ou de lei, ou de algum dos outros modos de se perder a propriedade.

A matéria da aquisição e perda da propriedade mobiliária é tão minudente, tão cheia de particularidades, que se ganha em tratar-se a matéria à medida que se desenrola diante de nós, com os seus mínimos caracteres e a sutileza de composição dos diferentes suportes fácticos.

3.COMUNHÃO MATRIMONIAL DE BENS. Também não é modo de aquisição a comunhão universal ou parcial de bens. Os arts. 258 e 259 (Tomo VIII, § 879) são regras jurídicas dispositivas.

Quando o bem que o marido adquiriu, ou que a mulher adquiriu, entra na comunhão de bens, não foi pela comunhão de bens que o outro cônjuge adquiriu a meação. Aliás, sempre que em patrimônio entra algum bem, não é o regime do patrimônio que determina a aquisição: o que o regime do patrimônio, inclusive o regime do patrimônio comUm dos cônjugeS, determina é que a aquisição pelo titular ou por um dos titulares seja para o patrimônio especial ou para o patrimônio comum. Não se pode dizer que A adquire e, depois, o bem passa ao patrimônio especial; nem que A adquire e o regime da comunhão de bens faça, depois, comum o bem. Não há depois. O bem que o tutor adquire com o dinheiro do menor é adquirido pelo menor. O bem que o falido adquire com o dinheiro que não é alcançado pela falência não vai à massa e, depois, a êle; nem o bem que o síndico adquire vai ao falido e, depois, à massa. E‟

preciso que se não confundam regime de patrimônio e modo de aquisição.

A tela que a mulher comprou, ou que o marido comprou, havendo comunhão universal de bens, ou comunhão limitada, foi por fôrça do regime comprada pelos dois. A eficácia do regime é contemporânea; não é posterior à eficácia da aquisição.

Expostos êsses conceitos preliminares, temos de entrar na análise de um dos mais árduos assuntos do direito privado, que é o da propriedade mobiliária; porque aí se apresentam bens corpóreos, direitos que se encorporam e bens incorpóreos, todos, no sistema jurídico brasileiro, como em outros sistemas, submetidos à rigidez construtiva dos direitos reais.

De passagem, teremos de cogitar de universalidades de coisas, do fundo de empresa, nome pelo qual se há de substituir o superado

"fundo de comércio" e os títulos representativos. Após isso, estaremos aptos ao trato da propriedade intelectual e da propriedade industrial, assunto do Tomo XVI em que vêm à tona do estudo assuntos de quase todos os Tomos 1 a XV.

CAPITULO II OCUPAÇÃO

§ 1.662. Conceito e classificação

1.SUPORTE FÁCTICO DA OCUPAÇÃO. A ocupação é a aquisição da propriedade da~ coisa sem dono pela tomada da posse, em nome próprio. A referência à posse em nome próprio somente tem a pertinência de excluir a aquisição por aquêle que tomou posse da coisa em nome de outrem. Em verdade, não se põe como pressuposto a *opinio domini.* Nem se exige, sequer, o *animus domini.* No direito alemão, o *animus* seria de exigir-se (cf. E.

STROHAL, *Der Sachbesitz,* 13; F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* ~ 6.~ ed., 120, e fi, *8~a* e *9~a* ed., 154, nota 11; contra O.FISCHER e W. HENLE, *Burgerliches Gesetzbuch,* 170, que adotou opinião que se aproxima da solução seguida, depois, pelo Código Civil brasileiro, isto é, de abstração, também, do *animus domini).* No Código Civil brasileiro, art. 592, diz-se:

"Quem se assenhorear de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei". Coerente com a sua atitude quanto à posse, o Código Civil abstrai, aí, do *animus* e do *corpus.* Adquire a propriedade o que pensa que a coisa não é *nuilius,* mas perdida, ou furtada, se *nuilius* é, e o que ocupa a coisa, sem ser pela tomada da posse corporal; bem como a adquire o absolutamente incapaz.

A propriedade das coisas *nuilius,* ou porque nunca tiveram ou porque já agora não têm dono, vai àquele que delas toma posse, em nome próprio. Se a coisa é *nuflius* e o que a ocupou se acreditava simples possuidor de má fé, por estar convicto de que se tratava de coisa perdida, é, malgrado seu, proprietário (G. PLANCI<, *Kommentar,* III, *A,* □

4 a

ed., 436; J. BIERMANN, *Sachenreoh,t,* 242). Há, aí, o princípio da livre apropriação das coisaa *nuilius* (coisas móveis, entenda-se, porque a

ocupação não é modo de aquisição da propriedade imobiliária).

O pressuposto da posse própria (Eigenbesitz), no sistema jurídico, pode ser sem *animus* e sem *corpus,* se bem que a posse, com os dois, seja o que mais acontece. Pode-se obter e perder a posse com simples ato com conteúdo volitivo (O. VON GIERKE, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 4),* porém o absolutamente incapaz, cuja vontade é, juridicamente, nada, também a pode adquirir e perder.

2. ATO-FAro, JURÍDICO. A *ocupação* é ato-fato jurídico: não é, pois, negócio jurídico, nem ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu* (sem razão, pois, J. SCHMITT, *Okkupation ais Eigentumserwerb,,* 47 s., que a reputava negócio jurídico, como A. MANIGIK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften fiir die Rechtsgeachãf te,* 24, e outros que citamos na Parte Geral).

No direito brasileiro, não temos a ocupação como causa de aquisição da propriedade, se a coisa é bem imóvel, ainda que se trate de ilha nascida no mar (no direito romano, L. 7, § 3, D., *de ad quirenct o rerum dominio,* 41, 1; cf. P.

SCHLES1ER, *Der Eigentumser.werb an herrenlosem Lande,* 28). Só há ocupação, modo d<e aquisição, em se tratando de bens móveis.

As coisas *ea,tra commercium* não podem ser ocupadas (H.WAPPÀUS, *Zur Lehre von den dem Rechtswerkehr entzogen Sachen,* 17 5.); nem as *res omnium communes,* porque não são *nuilius,* pertencem a todos, e as inalienáveis, porque o adjetivo só tem sentido quanto a coisas apropriadas. Se bem que se possa apropriar parte da água do mar e do ar~ (de pouco alcance prático, razão por que as fontes não se referem a êles, cf. A. KAPPELE~, *Der Rechtsbegriff des 6ff entlichen Wasserl~xufs,* 50).

No direito b:rasileiro, que tem a saisina (art. 1.572), não se precisa abrir exceção para as coisas hereditárias (L. 1, D., *de divisione ~rerum et qualit ate,* 1, 8): a propriedade, à diferença do que ~e passava em direito romano, já se transmitiu, automàticame~nte.

3.APROPRIAÇÃO POR ATO-FATO. O que não é de alguém. de razão natural é que se confira ao ocupante. Os bens que há na Terra ou pertencem a alguém ou a ninguém pertencem. Quem se apropria moto próprio dos que são sem dono, quem. os ocupa, dêles se faz dono. "Quod enim nuílius est id ratione naturali occupanti conceditur". O

que não é de ninguém concede-se, por natural razão, ao ocupante. O

capio, que há em *occu pare,* mostra que se colhe, que se prende, que de algo alguém se apodera, e o *ob,* que deu o *oc-,* revela que se põe o sujeito, o *subiectus,* em frente ao que se lhe opõe, o objeto, a *res.* GAIO (L. 3, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1), depois de lançar aquela frase, passa a explicar: "Não importa, quanto às bêstas-feras e às aves, que alguém as colha em seu próprio fundo ou no alheio. Mas ao que entra em fundo alheio para caçar ou passarinhar *(venandi cLucupandive gratia)* pode, com direito, o dono proibir, se o percebe, que entre" (L. 3, § 1). "Todavia, qualquer dêsses animais que houvermos apanhado entende-se ser nosso, enquanto está em nossa custódia: quando se houver evadido de nossa custódia e houver recobrado sua liberdade natural, deixa de ser nosso e se faz, outra vez, do ocupante" (L. 3, § 2).

O simples afã ou esfôrço para ocupar não tem efeito apropriativo. Ê preciso que se apanhe o objeto, que se ocupe.

GAIO, na L. 5, § 1, dá o exemplo do animal ferido que, se o podemos segurar, é nosso, mas, se o não podemos colhêr, em vez de outra pessoa, nosso não é. Se, diz êle, durante o tempo em que o perseguimos, outrem o captou, com ânimo de apropriar-se, uns entendem que houve furto, e outros, que não, porque muitos fatos podem acontecer que nos impeçam de apanhá-lo; *o que é verdadeiro,* acrescentou. A primeira opinião era a de TREBÁCIO, que considerava nosso o animal se lhe estamos ao encalço; a segunda, adotou-a GAIO.

Ao ocupante é dado saber, ou não, se a coisa é sem dono. A ocupação ocorre ainda que o ocupante ignore que se apodera de *res nuilius.* O ladrão, se a coisa deixou de ter dono, torna-se proprietário; o que tirou a coisa com intenção de furto, ou de roubo, sem que dono tivesse a coisa, ocupa e faz-se dono (L. 9, § 4, D., *de juris et facti ignorantia,* 22, 6). E‟ verdade que, na L. 2, pr., D., *pro derelicto,* 41, 7, PAULO dizia: "Pro dere licto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere"; e dai tirou TH. GIMMERTHAL (Vom Finden verlorener, derelinquirter und herrenloser Sachen, *Árchiv fUr die civiliatiache Prazis,* 52, 539) que o saber ser sem dono a coisa era elemento necessário do suporte fáctico da ocupação. A solução para o direito romano não é fácil, pois os textos não satisfazem. Todavia, PAULO não era Proculeiano, e provàvelmente não havia de reduzir, proculeianamente, a ocupação a renúncia da propriedade seguida de aceitação pelo ocupante. Supor, como faz OTTO KARLOWA *(Romische Rechtsgeschiehte,* II, 415), que, ai, admitisse a necessidade do elemento *acientia,* é forçar a explicação.

Acertado é pensar-se que a referência à ciência pelo ocupante está, na L. 2, pr., D., *de derelieto,* 41, 7, apenas como fato ocasional, estranho

ao suporte fáctico da aquisição (KÀBL R. VON CzYHLARZ, em CHR. FR. VON GLÚCK, *Ausfukrliche ErUtuterung der Pandecten,* 41-42, Parte 1, 164: motivo fáctico da vontade de adquirir, o *si saia mua* do texto de PAULO não constitui pressuposto jurídico da aquisição; cf. R. STINTZING, *Das Wesen vou* bona fides *und* titulus, 68, e B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* ~, 9.ª ed., 942).

Os elementos do suporte fáctico da ocupação, modo de adquirir a propriedade mobiliária, são: *a)* tratar-se de coisa móvel sem dono, apropriável por ocupação, excluido, pois, *e.* g., o direito autoral; *b)* passar a coisa à posse própria do ocupante, sem que se considere tal passagem ou tomada de posse negócio jurídico, ou, sequer, ato jurídico *atrieto sensu,* como pareceu a H. BUHL *(Das Recht der beweglichen Sacheu,* 45). Nem a ocupação o é, nem no é a

"apreensão da coisa" a que se refere o art. 493, 1.

Se alguma lei proibe a ocupação, o suporte fáctico não se compõe, porque é preciso que a coisa seja apropriável.

Havia certo terror do vácuo da adespotia em se não admitir, primitivamente, a derrelicção. O princípio *Res nuilius cedzt primo occupanti* evitou a dificultação do acesso à propriedade.

Também se acentuou demasiado o querer do ocupante, a ponto de E. BOCKING falar de pessoa *que quer* a coisa *não querida.* Por outro lado, juristas houve que reduziram a ocupação a ato de fôrça, ou a ato de justiça de mão própria, o que apagaria a prevista aquisição, segundo a lei, que há na ocupação.

Quanto à questão de se saber se a ocupação exige a vontade ou só o fato da posse própria, a resposta, no direito brasileiro, não poderia ser em oposição à própria teoria da posse, que o Código Civil assentou. Abstraímos do *animus,* como o Código Civil alemão, § 854, alínea □

1 a, e do *corpua.*

A discussão sôbre ser de exigir-se a vontade de posse própria, ou a vontade de adquirir a propriedade, que A.

MANIGK *(Das Anwendungsgebiet der Vorschrif teu lur die Rechtsgeschãfte,* 128 s.) tinha como a mesma vontade, está no direito brasileiro superada; e não se confunde com a desrelicção a ocupação, nem se pode, hoje em dia, considerar a essa como *contrctrius actua* da derrelicção (cf. GUNTHER FRIEBE, *Ist zum Eigenbesitz der aog.*

animus domini *erforderlich*"*?,* 77).

A ocupação pode ser pelo louco, pelo surdo-mudo incapaz de exprimir vontade, pelos menores absolutamente ou relativamente incapazes. Quem pode ter posse própria pode ocupar e adquirir a propriedade mobiliária (cf. JosEF

SCHMITT, *Die Occupation ais Eigeutumserwerb,* 48; F. KNIEP, *Der Besitz des BGB.,* 96 e 104; R. KAsTEN, *Kauu der Geschdftsuufahige ,aach dem BBG. okkupiereu?,* 34 s.). No direito alemão, quando os intérpretes se sentem sem argumentos para defender a exigência da *opinio domini* ou o *animus domini* como elemento necessário da posse própria na ocupação, apegam-se êles ao "ais ihm gehorend" (como pertencente a êle) do § 872 (posse própria), porém tal expressão não aparece no Código Civil brasileiro, que usou, no art. 592, de preciso, e certo, "se assenhorear da coisa".

4.CONCEITO DE BEM SEM DONO ("RES NULLIUS").

O conceito de sem-dono, de adespotia, de *res nuilius,* é conceito que não se confunde, de modo nenhum, com o de *extra commercium.* O bem móvel, ou imóvel, sem dono é bem que poderia ter dono e não no tem. Porém a clareza do conceito não pré-exclui certas dificuldades, nem dispensa algumas precisões. FLORENTINO, na L. 6, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1, e na L. 2, inclui na classe dos bens ocupados os animais que nasceram de animais nossos, ou a que temos direito. O *capere* está, aí, mal-ajeitado. No direito brasileiro, não há ocupação de frutos, ou produtos, ou filhos de animais; adquire-se como algo que exsurge da coisa que tem dono, ou que o não tem: a separação natural ou artificial mobiliza-os, se a coisa-fonte é imóvel, ou apenas os torna móvel à parte. Não se passa o mesmo com a ilha que nasce no mar (insula, quae in mare nascitur), porque, então, a aparição é independente do que antes existia.

§ 1.663. Ocupabilidade subjetiva

1.PRINCIPIO DA OCUPABILIDADE POR TODOS. O principio da ocupabilidade por todos foi base do direito romano sôbre a ocupação. E" o princípio da ocupação livre, que então prevalecia ainda quando o dono do terreno houvesse proibido a entrada e a ocupação, ou somente essa. Havia, por certo, aí, aparente colisão entre o direito de ocupar e o de propriedade do imóvel. O proprietário do fundo não perdia o seu direito de cercá-lo, ou proibir a entrada ("iure prohiberi

ne ingrederetur", L. 3, § 1, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1); mas o fato de ocupar fazia proprietário o ocupante infrator, O *ins prohibendi* era amparado pela ação possessória e pela negatória.

2.DIREITO CONTEMPORÂNEO E CAÇA. No direito contemporâneo, as regras jurídicas concernentes à proibição de entrada não excluem a ocupação. Quando o Código de Caça (Decreto

-lei n. 5.894, de 20 de outubro de 1943), art. 1.0, § 1.0, diz que a caça pode ser transitória ou permanentemente proibida nas terras de domínio público ou privado" e, no § 2.0, que, nas terras de domínio privado, é necessário para caçar o consentimento expresso ou tácito dos donos respectivos", não derrogou o Código Civil. A caça, contra a proibição, ou sem o consentimento expresso ou tácito do dono do terreno, é regida pelo art. 598, que constitui particularidade do direito brasileiro: "Aquêle que penetrar em terreno alheio, sem licença do dono, para caçar, perderá para êste a caça, que apanhe, e responder-lhe..á pelo dano que lhe cause". Se o caçador já feriu o animal, e êsse penetra em terreno cercado, murado, valado, ou cultivado (art. 597), ou de caça proibida, acrescente-se, ou o dono do terreno lhe permite a entrada, ou

tem de entregar a caça, ainda que a apanhe (art. 595), ou tem de expeli-la art. 597, *iu tine).* O ferimento é que importa. Vê-se bem que continuou o princípio romano da livre ocupabilidade e não-exceção pelo exercício do *ius prohibendi.* Êsse não torna do dono do terreno o que se caçar, sem a licença dêle; apenas o fato de se caçar, sem a sua licença, lhe dá o direito formativo gerador, que se exerce para que o ocupante perca o direito ao animal que caçou.

3.SENSO LATO DE OCUPAÇÃO. A ocupação compreende:

a) a *apropriação* do que nunca foi apropriado, sem ser animal caçado ou peixe, pescado, ou do que, tendo sido apropriado e, depois, derrelinqílido, não é animal caçado nem peixe pescado *(e.* g., ocupação de pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais, arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior, art. 543, IV; coisas móveis que foram abandonadas); *b)* a *caça,* segundo o conceito de caçar que já era o do Código Civil e se acha no art. 3,0 do Decreto-lei n. 5.894, de 20 de outubro de 1943: "Caçar é o ato de perseguir, surpreender ou atrair os animais silvestres, a fim de apanhá-los vivos ou mortos", sendo que, segundo o parágrafo único, "os animais domésticos que, por abandono, se

tornarem selvagens, poderão também ser objeto dc caça"; *c)* a *pesca; d)* a invenção de *tesouro.*

4. AVES E PEIXES. As aves e peixes, que estão em viveiros, e as feras, que se puseram em jaulas, cercados, furnas fechadas, ou fossos, são de quem dêles se apropriou, não necessàriamente do dono da jaula, cercado, furna, ou fôsso. A ocupação é ato-fato jurídico. Se fôsse somente fato jurídico *stricto sensu,* o pegar a fera e pô-la em jaula de outrem teria como conseqüência adquirir-lhe a propriedade o dono da jaula; e tal não se dá. Depois de dizer, no art.

592, o que é ocupação, o art. 593 explicita: "São coisas sem dono e sujeitas à apropriação: 1. Os animais bravios, enquanto eutregues à sua natural liberdade. II. Os mansos e domesticados, que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596.

III. Os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente. IV. As pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior". Se os animais a que se refere o art. 593, 1, adquirem a sua natural liberdade, tornam-se *res nuilius.*

§ 1.664. Apropriação livre ou em exercício de direito

1.ESPÉCIES DE APROPRIAÇÃO. A apropriação ou é *livre,* ou *em exercício de direito de apropriação.* Em ambas as espécies há ato unilateral, mas ato humano que entra no mundo jurídico como fato (ato-fato jurídico). Na primeira, o ato de posse própria é ato de poder, ato livre, porque a todos competiria praticá-lo. Na segunda, o ato é ato-exercício, porquanto por êle se exerce direito de apropriação. A ocupação abrange as duas; porque, em ambas, a coisa, de que alguém se assenhoreia, é *nulliu.g.* Se a coisa é sem dono, mas alguém passa a possui-la como se fôsse de outrem, tal possuídor, por não ser possuTdor próprio, não lhe adquire a propriedade. Ocupar é mais do que possuir; a ocupação supõe posse própria.

Os animais bravios, enquanto entregues a sua "natural liberdade" (art. 593, 1), são *res nuilius.* A jaula tira a liberdade natural do animal bravio. A piscina tira a liberdade natural dos peixes. A cêrca do terreno não enjaula; nem o lago natural é piscina. O *jardim zoológico,* por maior que seja, tira a liberdade natural dos animais, porque os

subordina a vigilância cerrada, podendo ser exercida, a qualquer momento, "prisão" do animal. Fora daí, o jardim zoológico é parque, e não enjaulamento espaçoso. Se é enjaulamento espaçoso, mas parque, a caça (sentido lato) seria furto, ou roubo, e não infração de regra jurídica sôbre a caça (sentido estreito e técnico). Se não é enjaulamento espaçoso, a caça (sentido lato) não é furto, nem roubo, mas infração de regra jurídica sôbre caça. Por onde se vê que, entre o jardim zoológico e o parque ou mato, há o parque zoológico que se trata como o jardim zoológico, se se pode considerar enjaulamento espaçoso. A possibilidade de catividade, quando se deseje, caracteriza o enjaulamento; não o fim ser outro fim que o de caça; nem o tapume completo.

São peixes sem dono os que se acham em águas fechadas, se o dono da terra tem meios pré-estabelecidos para os aprisionar quando bem queira (cf. EUGEN JOSEF, Erórterungen zum Fischereirecht, *Arckiv fiir die civilisti.sche Praxis,* 117, 263 s.).

2.OCUPAÇÃO DE MINERAIS E OUTRAS COISAS. No conceito de *res nuflius* entram o de coisas ainda não apropriadas e o das que deixaram de ter dono. Não são coisas ainda não apropriadas somente os animais selvagens, que se podem caçar e pescar; as espécies dos arts. 594-59 8 e 599-602 não exaurem o que cabe no art. 593. No art.

593, diz-se serem "coisas sem dono e sujeitas à apropriação: IV. As pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior". Primeiramente, observemos que se dá por perdida a pedra, concha ou outra substância mineral, vegetal, ou animal, que o mar arrojou às praias, se não há sinal que denuncie a propriedade anterior *(e.* g., marca, ou o que baste a indicação). Entra na mesma classe o que cai da atmosfera *(e. g.,* aerólito, BLOGIO BRUGI, *Delia Proprietd,* II, 426), salvo se o de que se trata mostra ter tido, antes, proprietário *(e.* g., restos de aeronaves). O que vem à praia ou cai em algum lugar e procede de naufrágio ou acidente de navegação é bem de que se pode desconhecer o proprietário porém não é *res nuilius.* Contra a concepção do *iua nau! ragii,* que atribuia ao Estado as coisas que por naufrágio foram às praias, ou ficaram a boiar, prevaleceu a concepção romana da persistência da propriedade (cf. MELCHIORE ROBERTI, *Svolgimento atorico dei diritto privato in Italia,* 1, 168, e II, 79). Tais bens são considerados coisas perdidas, e não *res nuilius.* Assim, pedaços de navio ou de aeronave não se incluem no rol das coisas de

que fala o art. 593, IV.

3.Só O QUE É "NULLIUS" É OCuPÁvEL. Os arts. 59S e 601 de modo nenhum são exceção ao principio de que só se podem ocupar as *res nuilius,* isto é, *res quae caelo terra marque capiuntur,* e coisas derrelictas *(res derelictae).* A aquisição pelo titular do direito de caça ou de pesca, nas espécies dos arte. 598 e 601, é originária, e não derivativa; mas por fôrça de lei, e não por ato de ocupação: o titular do direito de caça ou de pesca não só não ocupou, como também não deu permissão para a própria caça ou pesca. Não há ocupação onde não há *res nuilius.*

4.ÓBICE À APROPRIABILIDADE. O art. 592 não alude ao requisito de não existir, por parte de outrem, *direito de apropriação.* Faz-lhe referência expressa o Código Civil alemão, § 958, alínea □

2 a, segundo a qual a propriedade não

se adquire se a lei proibe a apropriação, ou se a tomada de posse ofende o direito de apropriação de outra pessoa.

Isso não importa em dizer-se que não existe, no sistema jurídico brasileiro, tal princípio. Certamente, a apropriação não se dá se não é possível a posse própria, tanto mais quanto, se A tomou posse, ainda sem saber ser sem dono a coisa, lhe adquiriu a propriedade, e a tomada de posse própria, por B, ou C, já se choca, não somente com a posse própria de A, configurando-se esbulho, como também com o direito de propriedade de A, porquanto a coisa não era mais coisa sem dono. A respeito das coisas sôbre as quais há direito de apropriação, ainda não há, evidentemente, posse, mas há o direito de apropriação, que contém em si direito a tomar posse. Teremos de volver ao assunto a propósito da caça e da pesca.

~ Em que consiste e que natureza tem o direito de apropriação? ~ Direito patrimonial absoluto, que pré-exclui a apossabilidade própria (J. voN ANDERS, *Das Jagd- und Fi..schereirecht,* 67 s., 69 e 75; F. PFENNINGSDORF, *Das Jagdrecht und der Eigentumserwerb an jagdbaren Tieren,* 94); ou direito coativo *(Zwangsrecht),* no sentido de direito que pré-exclui exercício de alguma atividade, direito que recai em atividade alheia, portanto na relação de alguém com o mundo (K. KÃRGER, *Zwangsrechte,* 30, 170 s. e 221) ; ou direito de senhoria, típico? A segunda opinião apanha o maior número de casos.

5.DIREITOS REAIS LIMITADOS SÔBRE A COISA DERRELICTA. Pode

dar-se que a coisa fique sem dono, a despeito de estar empenhada, ou constrita judicialmente (penhorada, arrestada, sequestrada), ou ser objeto de usufruto ou de uso. A resposta é afirmativa da permanência dos direitos reais limitados e das constrições judiciais se o dono da coisa a derrelínqile (KaxL R.VON CZYHLARZ, em CHR. FR. VON GLIJCK, *Awsfizhrliche Erliiuterung der Pandecten,* Série 4 1-42, Parte 1, 37 s.; sem razão., a nota de 5. PERozzI, na trad. italiana, 41, 39, como fôra a de F. P. BREMER, *Das Pfandrecht,* 141).

1.OCUPAÇÃO SIMPLES

§ 1.665. Conceito de ocupação simples

1. CONCEITO. Se alguém toma posse própria da coisa *nuilius,* sem que tenha havido atividade de caça ou pesca e sem que se trate de tesouro, diz-se simples ou inqualificada a ocupação. O não se precisarem as espécies levou juristas a não verem o que há de ocupação na caça, ou na pesca, ou no tesouro.

2.PRESSUPOSTOS. Os pressupostos da ocupação simples são os mais vulgares: *res nuUius* e tomada de posse própria.

§ 1.666. Ineliminabilidade do “occupare nas espécies qualificadas

1. CAÇA. Conforme veremos, o Código Civil considerou, acertadamente, ocupação a caça. O ato de caçar, por faculdade ou por direito, ainda não é o modo de aquisição, que é a ocupação da caça.

2. PESCA. Também a pesca foi posta no Código Civil como espécie de ocupação, frisando-se assim a distinção entre pescar e ocupar o pescado. Teremos ensejo de ver a importância dos dois conceitos.

3. TESOURO. Achar tesouro é invenção apropriativa, à diferença de achada de coisas perdidas. Bem andou o legislador em considerá-lo modo de aquisição por ocupação.

II. CAÇA

§ 1.667. Conceito de caça

1.SENTIDO LATO E SENTIDO TÉCNICO. Caçar é captar:

tanto se caça o que é sem dono quanto o que é de quem caça, ou de outrem; caça o caçador o que é seu e fugiu, ainda animal doméstico, e caça o que é sem dono, *nuilius.* Em sentido estrito e técnico, a *caça* é a ocupação do animal bravio, ou do animal manso ou domesticado, que perdeu o hábito de voltar ao lugar onde costumava recolher-se, sem mais estar à procura dêle o dono. Tal sentido é o que se extrai dos arts. 593, 1, II e III, e 594-598 do Código Civil. "São coisas sem dono e sujei-Las à apropriação", diz o art. 593: "1. Os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade. II. Os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596. III. Os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente. IV. As pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior".

2.CÓDIGO DE CAÇA E CONCEITO DE CAÇA. No Decreto-lei n. 5.894, de 20 de outubro de 1943 (Código de Caça), arts. 3□O e 12, há duas definições, a de caça (art. 3.0: "Caçar é o ato de perseguir, surpreender ou atrair os animais silvestres a fim de apanhá-los vivos ou mortos") e a de caçador (art. 12: "Caçador é toda pessoa que se entrega ao exercício da caça"; § 1.0: "O caçador é considerado profissional ou amador: *a)* profissional é o que procura auferir lucros com o produto de sua atividade; *b)* amador é o que visa fim exclusivamente esportivo"; § 2.0:

"Não será concedida licença de profissional para a caça de aves, a não ser para os casos de captura autorizados por êste Código")

3.CAÇA, PODER DE CAÇAR; E CAÇA, EXERCÍCIO DE DIREITO DE CAÇA. A respeito da caça, como, em geral, de toda ocupação, modo de adquirir a propriedade mobiliária, tem-se de distinguir a caça ato de liberdade e a caça exercício de direito de caça. Se alguém caça porque, no lugar, qualquer pessoa que satisfizesse as exigências de direito administrativo, poderia caçar, a faculdade toca a todos e a apropriação é dita *apropriação livre.* Se, em vez disso, alguém caça porque lhe foi outorgado direito de caça, a apropriação funda-se em direito de apropriação. Numa e noutra espécie, o ser vivo, que se caça,

é *res nuflius.* O conceito de caça dilata-se um pouco, por medida de polícia de costumes, quando a lei inclui nas proibições de tiro ou nas regras jurídicas especiais animal que pertence ao atirador, ou a quem lhe deu consentimento. Por exemplo: no Decreto-

-lei n. 5.894, de 20 de outubro de 1943, art. 4º, diz-se: "Para os efeitos dos favores dêste Código, é também considerado ato de caça abater pombos domésticos pelos membros das sociedades de tiro ao vôo nos "stands" respectivos"; no art. 5.~ acrescenta-se: "A caça de quaisquer animais está sujeita às limitações e proibições dêste Código e de portarias e instruções. da Divisão de Caça e Pesca".

No direito brasileiro, não há pensar-se em *dominium eminens,* ou direito eminente de caça, em *Jagdhoheitsrecht.* O

que há é o poder de legislar sôbre caça, modos e meios, tempo e cuidados de caçar. As limitações temporais hão de ser no interêsse da conservação das espécies de caça. A licença de caça é no intuito de verificação das habilitações, policiamento de costumes e registro.

§ 1.668. Dados históricos

1. CAÇA E OCUPAÇÃO. O principio da livre ocupação por todos era o que estava à base do direito romano sôbre caça. O direito de proibir a entrada não o elidia. No antigo direito alemão, a caça era conteúdo do direito de propriedade. Se as terras eram públicas, os munícipes tinham o direito de caçar; se particulares, o direito de caçar estava compreendido no de propriedade. No século IX, os reis começaram a proibir a caça em terrenos públicos e, até, particulares, não excetuando o principio da livre ocupação (pois não existia), e sim transferindo-o a si-mesmos e a senhores e clero. A fonte do direito de caça passou a ser a *concessão do Príncipe.* No fim da Idade Média, os munícipes e os proprietários de terras perderam, em principio, o direito de caça, ou só lhes restou o de caça pequena, *parvae ferae,* e de matar animais enfermos ou atacantes. A nobreza do século XVI em diante queria só para si as-armas e a caça; e os reis mantinham o *direito de regalia.* Podem-se imaginar a impotência e a melancolia dos agricultores, ao verem devastadas pelos animais de caça as suas plantações e os seus animais domésticos. O

movimento democrático e igualitário do século XVIII trouxe consigo a intenção de eliminar o direito de caça em terra alheia, restando,

ainda, com a Revolução Francesa e a Revolução alemã de 1848, em alguns países, como redimível. Passados alguns anos, iniciou-se a legislação administrativo-policial para regular o direito de caça, devido aos inconvenientes do exercício dêle pelo proprietário, ou em excesso, ou devastadoramente.

2.PROPRIEDADE E CAÇA. No direito brasileiro, não há direito *real* do proprietário das terras a caçar, ou ao produto da caça; *a fortiori,* não está no conteúdo da propriedade. Não se pode mesmo pensar em direito especial justaposto ao de propriedade. O caçar, observada a legislação administrativa, é apenas maior facilidade que tem o proprietário, ou possuidor do terreno; e o *ius prohibendi* somente pode ter a consequência do art. 598. Os negócios jurídicos não podem separar do direito de propriedade *direito real* de caça: não está contido nêle; nem se pode constituir direito real de caça em solo alheio, inclusive como servidão predial ou pessoal. Pode-se permitir, negocialmente, o exercício do poder de caça *(* exercicio da faculdade de ocupação), mas êsse negócio jurídico não é mais do que a *licença* de entrada, de que fala o art. 598, pr~viamente outorgada. Não é o direito de caça, que se outorga; é a *licença* de entrada para caçar. Mas há arrendamento do direito de caça; e pode haver arrendamento das terras, com a *licença* de caçar. Sôbre o direito de caça, §§ 1.670 e 1.671.

§ 1.669. Animais bravios

1. CONCEITO. Distinguia GAIO os animais bravios, *animalia natura fera* (§ 12, 1., *de rerum divisione,* 2, 1), que são as *ferae bestiae et volucres et pisces, id est omnia, quae caelo terra mari que capiuntur,* e os animais não-bravios, *animalia natura non Jera,* como as galinhas e os patos. A diferença entre mansos e amansados, *mansueta* e *mansuef acta,* não era precisa, pôsto que tivesse relevância, para os juristas, conforme a L. 4, D., *de adquirendo rerum domínio,* 41, 1 ("nisi si mansuefacta emitti ac reverti solita sint"; cf. L. 5, § 5). Fôsse como fôsse, o animal mansuefacto, que perdia o *animus revertendi,* passava a ser *res nuílius,* como os bravios inamansáveis. A propriedade sôbre os bravios dependia de estarem presos, submetidos; e sôbre os domésticos, conforme o conceito de hoje, a propriedade independia da posse (cf. R. SOHM, *Institutionen, 17~a* ed., 391, nota 1).

2.DIREITO BRASILEIRO SÔBRE OCUPAÇÃO DE ANIMAIS BRAVIOS. No art. 593, 1, o Código Civil cogitou da ocupação dos animais

bravios “enquanto entregues à sua natural liberdade”; depois (art. 593, II), dos mansos e domesticados, que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo se à procura dêles anda o dono (art. 596).

§ 1.670. Direito de caça e apropriação da caça

1.IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO. O direito de caça, como direito de exploração da caça, não compreende o direito de apropriação do corpo do animal vivo ou morto. A construção jurídica como tendo os que têm direito de caçar a *faculdade* de adquirir por ocupação há de ser afastada, porque não se ajusta ao sistema jurídico. A caça é atividade, para a qual há a faculdade ou o direito de caça; mas a faculdade ou o direito de caça não incluem a apropriação: quanto à faculdade, porque seria absurdo conter-se em simples faculdade direito; quanto ao direito de caça, porque caçar e apropriar-se são dois atos, dois momentos inconfundíveis. Por isso mesmo, há o art. 594, que regula o exercício da caça, se há faculdade só, ou se há direito de caça; o art. 595, que diz: “Pertence ao caçador o animal por êle apreendido. Se o caçador fôr no encalço do animal e o tiver ferido, êste lhe pertencerá, embora outrem o tenha apreendido”; o art. 597, onde se prevê: “Se a caça ferida se acolher a terreno cercado, murado, valado, o dono dêste, não querendo permitir a entrada do caçador, terá que a entregar, ou expelir”. No art. 598, em que se estabelece que perde a caça o que penetrar em terreno alheio sem licença do dono e a perde para êsse, atribui efeito de *aquisição* àapanha, porque se dá a ocupação, mas determina a *perda* imediata. O direito de caça não é direito de apropriação. Direito de apropriação há quanto a raízes e ramos de árvores do terreno vizinho (art. 558), quanto a frutos e outras partes

de coisas, em virtude de outorga do dono ou do possuidor que‟ pode fazer seus os frutos (arts. 528 e 510), e quanto a instalações que possam ser unidas.

2. DIREITO ANTERIOR. No direito anterior, não havia a perda. A caça e a pesca tinham de ser permitidas pelos donos das terras ou águas, mas os caçadores que caçassem sem a per missão, ou os pescadores, que sem permissão pescassem, se faziam donos do que apanhassem, por ocupação: apenas respondiam aos donos das terras ou águas. A perda foi inovação do Código Civil.

3.INTERPRETAÇÃO no CÓDIGO CIVIL, ART. 598. A 4.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 26 de março de 1942 *(1?. F.,* 91, 441), acertadamente decidiu:

"A caça, não sendo acessório (do solo), não pertence ao dono dêste: é *res nuílius.* Ocupada ou apreendida pelo caçador, por êle ferida ou morta, durante o ato venatório, passa a pertencer-lhe, conforme ficou dito, por fôrça do art.

595. Entretanto, como penalidade ao desrespeito à propriedade alheia, praticado pelo caçador, determina a lei perca êle a caça em favor do proprietário do terreno, além de indenizar-lhe perdas e interêsses".

4.BENS PÚBLICOS E DIREITO DE CAÇA. Onde o direito de caça foi conferido ou reconhecido aos munícipes, há, verdadeiramente, direito, e não só faculdade. Aqui, a distinção que apontamos no Tomo II, §§ 150, 3, 151, a respeito dos bens de que fala o art. 66, 1, é da maior relevância: há bens de uso comum, que são do povo, e bens de uso comum, que são do Estado (só o uso é comum); o direito de caça pode existir quanto àqueles se, historicamente e *in casu,* no uso comum se compreende o direito de caça; quanto a êsses, depende do Estado, que é o dono dêles.

De regra, por circunstâncias históricas, quanto aos bens de que trata o art. 66, 1, não direito de caça, que toque a todos, mas simples faculdade de caçar. Quanto aos bens do Estado, destinados a uso público, só a interpretação do estatuto especial pode responder.

5.ATO DE OCUPAÇÃO E DIREITO DE CAÇA. Cumpre distinguir da atividade de ocupação, que é um dos elementos da

liberdade de fazer ou de não fazer, que todo homem tem (Constituição de 1946, art. 141, § 2.0), o *direito de caça.*

Abstratamente, se não é proibido caçar no lugar *1,* terra pública, ou no lugar *1",* terra privada, onde o dono como que declarou permissão permanente de caça, quem quer que cace não está exercendo direito de caça, está exercendo a liberdade de locomoção e a de fazer ou não fazer. Direito de caça tem o dono da terra particular, como direito especial ligado à propriedade, mas *ao lado dela,* pois que os animais caçáveis, de que tratam os arts. 592, 593, 1 e II, 594-59 8, são *res*

nuílius, e não há pensar-se em exercício do direito de propriedade, caçando. Está superada a concepção do direito de caça *contido* na propriedade, que ainda era a de K. DICKEL *(Deutsches und preussisches Forstzivilrecht,* 2.~ ed., 1049 s.; *Festgabe der Berliner juristischen Facultdt Ijir* OTTO GIERKE, II, 365): o direito é que é parte integrante da terra; não está no *conteúdo* do direito de propriedade da terra. Tal direito pode ser objeto de negócio jurídico de exploração de caça (locação de exploração); sem que se haja de pensar em locação da terra, tanto que, locada a terra, é preciso interpretar-se o negócio jurídico de locação da terra para se ver se *também* se locou a exploração da caça. Não se pode transmitir o direito de caça, sem se transmitir a propriedade da terra; nem se pode constituir em terra alheia direito *real* de caça. Portanto, seria absurdo, fora do usufruto, ou do uso, pensar-se em direito de caça por parte de outra pessoa que o proprietário, salvo direito *pessoal:* o usufrutuário e o usuário somente podem caçar nas terras usufruidas ou em uso porque tal direito é parte integrante da terra, se bem que o titular seja o dono da terra; o direito do usufrutuário ou do usuário é de usufruto ou de uso da parte integrante. A servidão pessoal é inconstruível no direito brasileiro; bem assim no alemão, a despeito do que escreveram GEORG FROMMHOLD (tber das Jagdrecht *Jherings Jakrfrdcher,* 53, 202) e K. DICKEL *(Deutsches und preussisches Forstzivilrecht,* 1046).

Temos, pois, que o direito de caça, que tem o proprietário, é parte integrante da terra (não é *conteúdo* do direito de propriedade). Por isso, pode ser arrendado, sem ser arrendada a terra.

§ 1.671.. Evolução do direito

1.DIREITO DE CAÇA E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO.

a) A concepção assente do direito de caça era a que o tinha como *conteúdo* do direito de propriedade: o direito de propriedade continha-o Segundo tal concepção, o direito de caça, inserto no conteúdo mesmo do direito de propriedade, pertencia ao proprietário, à comuna, ou aos munícipes. Quem era proprietário tinha-o (cf. HANS

GOLDSCHMIDT, *Eigentum und Eigentumsteilrechte,* 121 e 140 5.; R. SCHRÕDER, *Lehrbucl& der deutschen Rechtsgeschichte, ~,* 6.~ ed., 209 e 582 s.). Somente o proprietário o tinha, sem qualquer exceção. *b)* No

século IX

começaram os reis a vedar a caça em bosques que não eram. de sua propriedade, mas sim de súditos, ou bens municipais, sob pena de desterro, e deram-se a si-mesmos o direito de caça, ou atribuíram-no, por diferentes títulos, a senhores seculares ou eclesiásticos. Os príncipes acabaram por eliminar o direito de caça, de jeito que, em vez de procura de *res nuilius,* em verdade a *custodia,* fingida, se adensara em direito regaliano(cp. W. VON BRÚNNECK, *De dominio ferarum, quae illicite capiuntur,* 13 s.). Regalizou-se, assim, o direito de caça, se bem que, aqui e ali, algum proprietário continuasse com o direito, exposto, embora, a ato real divestitivo, ou de quem o houvesse recebido do rei. No século XVI, direito de caça é regalia, é o *Jagáregal,* tendo os munícipes perdido o direito de caça e o de armas (não é sem importância a alusão aos dois, para se revelarem as causas profundas da transformação social). Aos munícipes não ficou mais do que o poder (às vêzes nem direito) de caçar *partae ferae,* ou o que fôsse necessário e bastasse à alimentação. Foi aos reis, à nobreza rural e aos patrícios das cidades, até que alguns reis se reservassem a si a caça maior. Pode-se imaginar quanto dano sofriam os proprietários rurais e os camponeses com a proibição de matar feras e animais nocivos às plantações e às criações domésticas. Pelas Ordenações Filipinas, Livro V, Título 91, vê-se até onde ia o poder do rei; e a Lei de 1.0 de julho de 1776, § 4, foi expressiva, proibindo a plebeus a venação na província de Estremadura. Os nobres mesmos vedavam-na a súditos. MELO FREIRE

(Institutiones, III, 21) sintetizava: a venação era permitida onde e quando não fôsse proibida a nobres ou plebeus; quer se tratasse de terra própria, quer de terra alheia, o rei é que resolvia. Sôbre as *coutadas,* MANUEL

ÁLVARES PÊGAS *(Commentaria ad Ordinationes,* 13, 154) e J. DE CABEDO *(Decisiones,* d. 90). Ao lado de tais regras jurídicas, havia as de direito administrativo *(e.* g., Alvará de 21 de março de 1800). *c)* A democratização trouxe consigo a extinção do direito regaliano de caça, sem que se perdesse o elemento de polícia e de administração pública que se revelara ao mesmo tempo. Aliás, no Brasil, a regulamentação de direito administrativo constava das posturas municipais. Ao proprietário volveu o direito de caça, porém não mais como conteúdo do direito de propriedade. (A volta não foi fácil; basta pensar-se em que na Inglaterra só se operou com o *Game Act* de 1931.) O

direito de caça, que, hoje, tem o proprietário é direito parte integrante

da propriedade imobiliária, não elemento do conteúdo *do direito de propriedade imobiliária.*

2.DIREITO ROMANO E "DIREITO DE CAÇA". ~Tinha direito de caça o direito romano? Quem está no que é seu mais fàcilmente caça ou pesca do que outrem. Protegendo-se em sua posse, de certo modo se protege em sua atividade. Isso não importa em dizer-se que no direito de propriedade ou na posse estivesse contido *direito* de caçar ou de pescar, com o *direito à apropria ção da caça ou da pesca.* O que se sabe, a respeito, é que tal direito de caça ou de pesca e tal direito de apropriação tiveram origem germânica. Foi C. G. voN WÂCHTER (Das Jagdrecht und die Jagdvergehen, *Sammlung von Abh~andlungen,* 1, 333 s.) quem procurou mostrar ter conhecido o direito romano o direito de caça. Para a argumentação trouxe à balha a L. 9, § 5, e a L. 62, p., D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1, onde se diz que o produto da caça e da pesca pertence ao usufrutuário; e a L. 26, D., *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora,* 22, 1, onde JULIANO, falando de MINÍÇIO, lança duas proposições aparentemente obscuras: "Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet" (Faz constar que a caça não é fruto do fundo, salvo se o fruto do fundo consiste na caça). O que se há entender: a caça não é fruto do fundo, é *res nuilius;* mas, se há criação, ou parque fechado e restrito, em que se explore a caça, a caça é *o* fruto do fundo. A conclusão de C. G. VONWÃCHTER não podia convencer: primeiro, porque o que caçasse em terra alheia faria sua a caça (ocupação), sem qualquer restituição ou indenização ao dono das terras; segundo, a *actio iniuriarum* seria pela entrada e danos, e não pela ocupação; terceiro, na L. 13, § 7, D., só se cogitou da proibição de entrar, não do *occupare.*

A L. 13, § 7, merece estudo. Nela, ULPIANO pôs o problema de alguém proibir a outrem pescar no mar (proibição de exercer faculdade de pescar). Depois de dizer que POMPÔNIO e outros admitiram a *actio iniuriarum,* apontou os fundamentos que tinha o que impede que outrem cace em lugar público, ou se sente nos lugares públicos do teatro *(cavea publica),* ou que conduza o carro pela rua, ou que se sente, ou que converse, ou

-que o dono use o que é seu. Tanto aí quanto na espécie da proibição da pesca no mar cabe a *actio iniuriarum:* ou se ofendêu direito ao uso, ou se ofendeu faculdade, ou a liberdade de locomoção, ou de fazer ou não fazer. O que se pode proibir é que pesque em águas alheias, ou cace em terras alheias. Não havia o direito de caçar do direito comum. Incidia em grave erro, qual o de tratar analôgicamente a aquisição

pelo dono das terras ou das águas como à semelhança da separação dos frutos (hoje, é o que se dá com a pesca nas águas públicas dominicais, mas por *lez specialis,* que é o~ art. 4º do Código de Pesca, Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938), ou da aquisição mediante representação involuntária. Para se ver a embrulhada em que os juristas se metiam basta ler-se a nota 5-b de B. WINDSCHEID *(LelLrbuch,* 1, 943 s.) e o que expõe VON KAYSER *(Jagd und Jagdrecht in Rom,* 26 s.).

§ 1.672. Animais mansos e animais amansados

1.INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 593, II, E 596 DO CÓDIGO CIVIL. Alguns animais se tornam *res nulli~s* a despeito de vontade contrária do dono, ou de sua indiferença. Daí aludir o art. 593, 1, a animais entregues à sua natural liberdade, nos quais se coifipreendem os que foram restituidos a ela, ou fugiram, e o .art. 593, II, combinado com o art. 596, a animais mansos ou domesticados que fugiram não mais estando o dono à sua procura. A procura pode não ser corporal; pode ser por anúncio nos jornais, radiofonia, ou cartazes. A suspensão da pro cura ou das investigações, sem que se caracterize a cessação de busca ou pesquisa, não afasta a incidência do art.

596: “Não se reputam animais de caça os domesticados que fugirem a seus donos, enquanto êsses andarem à procura”.

de discutir-se se a exigência de não mais haver a procura só se refere, no art. 596, a animais “do mesticados”; não aos mansos. Aos mansos alude o art. 593, II, para dizer que só se consideram *nuílius* se perdem o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, a *consuetudo revertendi.* Temos, pois, que não se consideram *res nuílius:* a) os animais mansos que não perderam o hábito de voltar ao lugar do recolhimento; *b)* os animais amansados *(=*

domesticados) que não perderam o hâbito de voltar ao lugar do acostumado recolhimento; *e)* os animais amansados *(=* domesticados) que perderam o hábito da volta, a *consuetudo revertendi,* mas ao encalço dêles continua o dono (art. 596). Ainda que o pássaro não volte mais, por se ter desacostumado de volver, não lhe perco a propriedade se não cessei de procurá-lo. Por outro lado, o cão que B pós fora de casa, ou propositadamente deixou no trem, ou na barca, ou do outro lado do rio, e continua volvendo à casa de B, não deixou de pertencer a B, por faltar um dos elementos da derrelicção do animal manso. ,~ Também se há de entender quanto aos mansos o art.

596? Exatamente aos animais mansos é que devera referir-se o art. 596, porque os animais manaos é que só deveriam tornar-se *nuílius* com a derrelicção (o cão, que escapasse, só se consideraria *nuílius* se o dono o derrelinquisse, isto é, se cessasse de procurá-lo). Referiu-se aos domesticados, aos mansuefactos, não aos mansuetos. Donde o problema de interpretação:

,~ o art. 596 há de entender-se exceção a todo o art. 593, II, ou só à parte em que se fala dos domesticados?

A L. 5, § 6, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1 (GAIO), tratou dos animais mansos (galinhas e patos); e a L. 5,

§ 5, dos animais silvestres amansados que tenham costume de ir-se e volver (consuetudine abire et redire solent). O

que importava era terem o hábito „de ir e vir, a *consuetudo revertendi.*

2.SOLUÇÕES POSSÍVEIS E SOLUÇÃO CERTA. A solução ou é *(a)* a referente aos mansos, aos domésticos, a despeito da expressão "domesticados", ou é *(b)* a de entender-se literalmente o art. 596, ou *(c)* a de considerar-se o art. 596 exceção ao art. 593, II, no seu todo.

Temos, devido aos têrmos "domesticados" e "caça~~, a solução *(b)* . A interpretação é, pois, a seguinte: *a)* ou os animais mansos e os domesticados têm o hábito de voltar, a *consuetudo revertendi,* e o fato de não mais voltarem os inclui no art. 593, II; *b)* ou não são animais mansos que hajam de sair e voltar, de modo que não podem ser tidos como incluidos no art. 593, II, uma vez que s~mente pode perder hábito de voltar O animal que costumava ir e volver (não se perde o que não se tem) ; ou *c)* os animais são domesticados e têm o hábito de ir e volver, e o fato de não mais voltarem os inclui no art. 593, II; ou *d)* os animais domesticados não pertencem à classe dos vão-e-voltam, de modo que não podem estar no rol dos que "perdem" tal hábito, porque não se perde o que não se tem; ou *e)* os animais que se incluíram nas classes de que trata o art. 593, II, deixam de nela ser incluídos se o dono os continua de pro.curar sendo animais caçáveis (o art. 596 somente cogita dêsses). Animais mansos, domésticos, não são animais caçáveis: não se caçam cavalos, cães, gatos, galinhas, patos e gansos, salvo se de natureza selvagem (galinhas silvestres, patos-do-mato).

§ 1.673. Natureza do direito de caça

1.DIREITO DE CAÇA, BEM IMÓVEL. O direito de caça, como parte integrante da terra, é bem imóvel (K.

DICKEL, *Deutsches und preussisches Forstzivilrecht,* 1057; cf. A. HEUSLER, *Institutionen,* 1, § 69; sem razão: GEORG FRoMMHOLD, Urber das Jagdrecht, *Jherings Jahrbucher,* 53,‟ 206, que o tem como bem móvel, à semelhança do direito de autor, da patente de~ invenção e de marca de indústria e de comércio). Não se submete às regras jurídicas da locação de móveis, mas sim às da locação de imóveis (sem razão, GÕRCKE, *Die preussische Jagd ordnung*

4 a ed., 57, nota 125; certo, A. DICKEL, *Das deutsche Biirgerliche Recht fur Forstmanner,* 517, e H.

DELIUS, *A. Daicke‟s Preussisches Jagdrecht,* que invoca o § 96 do Código Civil alemão).

Oarrendamento do direito de caça pode limitar-se a certos animais, ou a uma só espécie (A. EBNER, *Das preussi.sche Jagdrecht,* 82s.). Se as terras já estavam arrendadas, tem-se de verificar se no arrendamento se compreendia o da exploração da caça, para se saber se o proprietário das terras não infringiu o contrato anterior.

No caso de alienação das terras, o arrendamento anterior só tem efeitos contra o adquirente, se houve cláusula de permanência e registro (art. 1.197; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 136, 1.0, e 178, *a),* IX).

2.RENÚNCIA À CAÇA. O proprietário pode renunciar à caça, como titular, tornando-se todo o terreno (distrito) campo *comum de caça.* A construção não pode ser a de alienação do direito, mas a de inserção em comum do uso. A construção como de renúncia que contém disposição do direito mesmo contra aquisição dos direitos de membros da comunidade de caça choca-se com a afirmação de inalienabilidade do direito de caça, à parte da alienação da propriedade (a contradição ressalta em MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27.~-32.~ ed., 253, nota 21).

§ 1.674. Dever de caçar

1.DIREITO DE CAÇAR E DEVER DE CAÇAR. Se existe direito de caça, existe dever de caçar *(Jagdpflicht)* na medida *(* se e até onde) em que há ou pode haver, com forte probabilidade, dano a pessoas ou a bens.

O dono da terra pode exigir o cumprimento de tal dever, inclusive com a cominação de resolução do contrato, ou a perda do direito de caça de origem não-

-contratual. Se o perigo é público, a autoridade administrativa, policial ou outra, pode exigir, cominatôriamente, ou por meio de multas *ab initio,* fundadas em lei, o adimplemento do dever de caçar. A cominação pode ser a de ficar a cargo da administração, ou de outrem, ou de ser pôsto em praça, para que outrem adquira, o direito de caçar.

2.MUDANÇA E DESAPARIÇÃO, VOLTA DA NOCIVIDADE. Se

há o direito de caçar, o dever de caçar pode ser mais intenso ou menos intenso, mais extenso ou menos extenso, conforme é maior ou menor o risco de danos, e conforme é em maior ou menor área. Se o risco desaparece, ~ nem por isso desaparece o dever que independe do desaparecimento do perigo, ou se extingue e pode ressurgir? A primeira solução é de afastar-se, porque só há dever de caçar se o que se deveria caçar e não se caça causa danos, ou, com forte probabilidade, os pode causar.

Se o perigo resulta de espécies que não havia, é questão de Interpretação a de se saber se estão, ou não, compreendidas nas espécies que teriam de ser caçadas.

À volta do perigo, o dever de caçar esponta.

§ 1.675. Caçabilidade

1.ANIMAIS CAÇÂVEIS. Só se caçam os animais *apropriávei,s,* porque o conceito técnico de caça só se refere a animais *nuilius.* Se o animal pertence a alguém, só o dono o pode matar, ou prender, e não há, naquele, ou nesse ato, ato de caça. Se se trata de animal nocivo, a matança não é caça, prôpriamente dita: é ato em estado de necessidade e, uma vez que seja *nulltus,* o matador pode adquirir-lhe, por ocupação, a propriedade. No direito brasileiro, "aquêle que penetrar em terreno alheio, sem licença do dono, para caçar, perderá para êste a caça, que apanhe, e responder-

~e..á pelo dano, que lhe cause" (ad. 598). Semelhante, hoje, a Lei de Caça de Meclemburgos~ (Ordenação de 24 de junho de 1924), § 3, alínea 3; mas regra jurídica tida por nula diante do § 260 do Código Civil alemão.

O art. 598 provém do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, ad. 4.097: "Entrando o caçador em terreno cercado, murado, valado ou cultivado, contra a proibição ou sem licença de seu dono, ou de quem o representar, além de responder pelo dano que causar, não fará sua a caça que apanhar ou matar; e esta pertencera ao dono do terreno" (cp.

Código Civil chileno, ad. 610: "Si alguno cazare en tierras „ajenas sin permiso dei duelo, cuando por lei estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para ei duefio, a quien ademas indemnizará de todo perjuicio"; Código Civil argentino, ad. 2.543: "Los animales que se cazaren en terrenos ajenos, cercados, plantados ó cultivados, sin permiso dei dueno, pertenecen aí propietario deI terreno, y ei cazador está obligado á pagar ei dafio que hubiere causado»).

O art 598 não pode ser invocado se o é, pelo matador, o ad. 160, II; ainda que o perigo seja público.

2.PRÈ_-EXCLUSÃO DA CAÇABILIDADE. Pré-exclui-se a caçabilidade quando se proibe a caça em consideração da natureza do animal. A proibição de matar, policial-ética, ou administrativo-ética, é mais vasta do que a proibição de caça. Quanto a essa, estatui o art. 11 do Código de Caça (Decreto-lei n. 5.894):

"E‟ proibida a caça: *a)* de animais úteis à agricultura; *b)* de pombos-correios; *c)* de pássaros e aves ornamentais ou de pequeno porte, exceto os nocivos à agricultura; *d)* das espécies raras".

§ 1.676. Animal ferido

1.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 595 E 600. Das três soluções admissíveis *de iure condendo* (caça ferida é do caçador; caça ferida tem de ser seguida e apanhada; caça ferida e perseguida é do caçador), aquela, que vê no ferimento cessação da liberdade natural, põe a aquisição no momento do ferimento (TREBÁCIO, cf. § 13, 1., *de rerum divisione,* 2, 1), de modo que, se outrem apanha, furta; a segunda, no momento da apanha (L. 5, § 1, D., *de adquirendo remtm dominio,* 41, 1; § 13, *I.,.de rerum divisione,* 2, 1, JUSTINIANO); e a terceira só atende à apanha, mas dá aos demais o dever de não apanhar. No ad. 595, diz-se que pertence ao caçador o animal por êle apreendido; e acrescenta-se: "Se o caçador fôr no encalço do animal e o tiver ferido, êste lhe pertencerá, embora outrem o tenha apreendido". Não se disse se o

houver ferido e se puser à procura, ou a persegui-lo, porque as expressões "fôr ao encalço do animal"~ vem antes: o ato de derrelicção é posterior e dêle não cogitou o art. 595.

Ferida a caça, a ponto de a poder apanhar o caçador, é dêle; e tal solução atende à teoria da posse, que se adotou no Código Civil, Abstraindo-se do *animus* e do *cor pus.* O ad. 600 é diferente: "Pertence ao pescador o peixe, que pescar, e o que, arpoado ou farpeado, perseguir, embora outrem o colha". Peixe farpeado, ou arpoado, ou mergulha, ou corre. Não há a queda em lugar diferente, nem o meter-se em esconderijo de matos, como acontece às aves e os outros animais caçáveis. A perseguição é necessária à interpretação *(quaestio facti!)* de não ter havido derrelicção.

Derrelicção houve se o arpoamento ou a farpela foi tal que o pescador poderia apanhar o peixe. Se o arpoou ou peixe continuou *nuilius.* Se bastaria, para que o apanhasse, que o houvesse perseguido, e não o perseguiu, não adquiriu a propriedade, porque, quanto aos peixes, é preciso que haja o ato de tentativa de apanha. Se o perseguiu e outrem o apanhou, o peixe é de quem o arpoou ou farpeou e perseguiu. Se cessa de o perseguir, mas em tais circunstâncias que o peixe irá para onde o apanhe, ainda que somente mais tarde, não o derrelinqúíu. Nunca se podem deixar de atender, em tais matérias, as circunstâncias concretas.

2.CÓDIGO CiviL, ARTS. 598 E 601. As espécies dos arts. 598 e 601 de modo nenhum são de direito de apropriação da *res nuilius,* pelo dono do terreno, ao que já aludimos no Tomo II, § 116, 1. Não se confundem com a aquisição especialíssíma das partes do corpo humano, que ali estudamos.

§ 1.677. Caça e regras de direito administrativo

1.CÓDIGO CIVIL, N. 594. Diz-se no art. 594: "Observados os regulamentos administrativos da caça, poderá ela exercer-se nas terras públicas, ou nas particulares, com licença de seu dono". A observância dos regulamentos isto é, das leis e regulamentos que não as infrinjam é exigida assim à caça em terras públicas como à caça em terras particulares.

2.CÓDIGO DE CÁÇA. O Decreto-lei n. 5.894, de 20 de outubro de 1948, aprovou o Código de Caça (Decreto~í~i n. 5.894, art. 1.0), com

revogação expressa dos Decretos-leis n. 1.210, de 12 de abril de 1939, n. 1.768, de 11 de novembro de 1939, n. 2.772, de 11 de novembro de 1940, n. 3.622, de 17 de setembro de 1941 e n. 3.942, de 17 de dezembro de 1941 (Decretolei n. 5.894, art. 2.0). No art. 1.0 do Código de Caça repetiu-se, no plano do direito administrativo, o que se dissera, em geral, no art. 594 do Código Civil: "A caça pode ser exercida em todo o território nacional, uma vez observadas as disposições dêste Código". No § 1.0 acrescentouse:

"A caça pode ser transitória ou permanentemente proibida nas terras de dominio público ou privado". Tal regra jurídica foi redigida em tom de regra jurídica de competência; nenhuma competência a mais ela atribui ao poder público, porque tal criação de competência seria contrária à Constituição de 1946,como às anteriores. O que se há de entender é que, onde o bem público o exigir, conceito que não é deformável ao talante dos dirigentes, pode a polícia proibir que se cace nas terras públicas ou particulares, ou porque haja perigo em se caçar no lugar, ou porque seja imprópria a época, ou porque determinados animais não devam ser exterminados, ou porque se precise da observância de alguma ou algumas cautelas. O bem público há de ser apontado, ou resultar de notoriedade ou evidente aparição. No § 2.0, foi edictado, repetindo-se no art. 594, *in fine:*

"Nas terras de domínio privado, é necessário, para caçar, o consentimento expresso ou tácito dos donos respectivos".

No art. 2.0 do Decreto-lei n. 5.894 está dito: "Compete à União legislar privativamente sôbre a caça e a sua exploração". No parágrafo único: "Essa competência não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar prevista na Constituição". E‟ o que se estatui na Constituição de 1946, arts. 5~o, XV, *1),* e 6.0 *(Comentários,* 1, 410:

"Os conceitos de *caça* e de *pesca,* empregados no inciso, são de uso vulgar e sôbre êles a Constituição constrói o preceito. Isso não quer dizer que, ao legislar sôbre o assunto, o Poder Legislativo central não possa adotar conceitos interiores. Conceitos interiores são os que, dentro de outro, são adotados por um corpo legislativo competente para legislar *menos* plenamente do que pode: se restringe o conceito, é porque reputou sem *relevância* o que deixou fora dêle. Com isso, hoje se permite que outro corpo legislativo, por exemplo, o do Estado-membro, no sistema constitucional do Brasil, legisle sôbre o que ficou de fora. E‟ o que se diz no art. 6.0~~) 3.MEIOS E MODOS DE CAÇAR. Tem o Estado o poder de legislar sôbre os meios e modos de

caçar. Todavia, no exercício dêsse poder, não há de inconsideradamente limitar, sem base em interêsse público, como proteção das pessoas e dos bens, a faculdade ou o direito de caçar. No art. 14, diz o Código de Caça (Decreto n. 5.894): “A caça...

não se fará: *a)* com visgos, atiradeiras, fundas, bodoques, veneno, incêndio ou armadilhas que sacrifiquem a caça b) com arma de repetição a bala, de calibre superior a 2, exceto quando se tratar de grande carniceiro em distância superior a três quilômetros de qualquer via férrea ou rodovia pública; *c)* nas zonas urbanas suburbanas, povoados, distritos municipais, quando sedes de capitais ou de cidades populosas, e nas estâncias hidro-minerais; *d)* nos açudes de domínio público, bem como nos terrenos adjacentes, em faixa anualmente fixada pela portaria de caça; *e)* numa faixa de um quilômetro de cada lado do leito das vias férreas e rodovias públicas; 1) nas zonas destinadas a parques de criação e de refúgio ou santuários; g) nos jardins zoológicos, nos parques e jardins públicos; *Ii)* fora do período de permissão de caça”. No parágrafo único, acrescenta-se: “A caça noturna em período próprio poderá ser restringida ou vedada pela Diretoria de Caça e Pesca, ouvido o Conselho Nacional de Caça”. “A apanha e a destruição de ninhos, esconderijos naturais, ovos e filhotes de animais não serão permitidas” (art. 15). “A juízo da Divisão de Caça e Pesca poderá, entretanto, ser permitida a apanha de ovos e filhotes para criadeiras e a sua destruição, desde que se trate de animais daninhos” (art. 15,. parágrafo único).

As regras jurídicas acima não repercutem no direito de caça, nem, sequer, na faculdade de caçar; incidem, publicística, e não privatisticamente. São regras de direito administrativo quanto a exercício de faculdade ou de direito de caça. Por isso mesmo, a propriedade do animal morto ou apanhado vivo rege-se pelo direito privado. A perda como pena, essa, sim, pode resultar da infração das regras- jurídicas acima referidas.

4. LICENÇAS. As licenças somente concernem ao exercício da caça e do tiro ao vôo, e não à faculdade e ao direito de caça, ou à apropriação. Di-lo o art. 23 do Código de Caça (Decreto-lei n. 5.894: “Para o exercício da caça e do tiro ao vôo são necessárias duas licenças: uma, para o trânsito com arma de caça, expedida pela Polícia Civil; e outra, para o exercício da caça ou tiro ao vôo, concedida pela Divisão de Caça e Pesca, ou repartições devidamente autorizadas, mediante a apresentação da primeira”. E o parágrafo único: “Os caçadores, quando oficiais do Exército, Marinha, Aeronáutica e Polícias Militares ficam isentos da apresentação da licença para

trânsito com arma de caça a que se refere êste artigo” No art. 25, explicita-se: “A licença para o trânsito com arma de caça e destinada ao exercício da caça e tiro ao vôo terão caráter pessoal e intransferível, valendo em todo o território

§ 1.678. VEDAÇÃO TEMPORAL DE CAÇA

57

nacional, durante o ano em que forem expedidos”. “Valendo” está, aí, por “tendo eficácia”.

A caça sem licença não afasta a incidência das regras jurídicas de direito privado: o caçador faz seu o animal morta ou apanhado como se tivesse caçado com a licença.

§ 1.678. Vedação temporal de caça

1.PERÍODO DE CAÇA. As leis de caça prevêem partes do ano em que se permita ou se proiba a caça. Há, então, limitação temporal ao exercício da faculdade de caçar ou do direito de caçar, ou de ambos. A faculdade não desaparece, nem o direito; a limitação é ao exercício, com as conseqUências que as sanções jurídicas, civis, administrativas e penais atribuem às infrações. São êsses pontos grandemente interessantes para a solução de problemas teóricos e práticos que podem surgir.

Oregular o tempo da caça e da pesca pertencia ao poder do rei, bem assim os modos e os meios de caçar e pescar (Ordenações Filipinas, Livro V, Título 88, e Lei de 23 de fevereiro de 1624, cf. MANUEL LOPES FERREIRA, *Prática criminal,* IV, 478 s.). Foi êsse poder, que passou, com a democracia, às assembléias legislativas (Parlamento, Congresso Nacional).

2.TÉCNICA DA LIMITAÇÃO. A legislação pode: *a)* fixar

a temporada de caça, ou *b)* estabelecer período máximo, ou período mínimo de retirada da permissão administrativa da caça, deixando à autoridade administrativa a determinação exata, ou e) atribuir à autoridade administrativa arbítrio no fixar. A solução e) há de entender-se como conferimento de competência de execução, recaindo

na autoridade administrativa a responsabilidade pela determinação sem fundamento biológico, ou social; pois que, se se deu arbítrio puro, se delegou função legislativa (Constituíção de 1946, art. 36, § 2.0).

3.DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, SOLUÇÃO ADOTADA.

O Código de Caça, arts. 6.0 e 7□O, preferiu a solução *b),* com alguns pormenores, que precisam o campo da atividade administrativa. No art. 6.0, disse o Código de Caça (Decreto n. 5.894): "A abertura e o encerramento do período de permissão de caça no território nacional, para as diferentes espécies e regiões, bem como o número de exemplares que poderão ser abatidos pelos caçadores, especialmente no que se refere à caça de campo e de pio serão fixados anualmente pela Divisão de Caça e Pesca, ouvido o Conselho Nacional de Caça". No art. 7.0:

"O defeso durante sete meses, no mínimo". *Defeso* é o tempo ou o lugar em que se proibe caçar, isto é, em que se considera contrário a direito exercer faculdade de caça ou direito de caça. A autoridade administrativa não tem arbítrio em determinar os sete meses de proibição, há de ajustar o período livre às circunstâncias da região e às espécies a serem abatidas. No defensar, há de atender a essas circunstâncias e às espécies caçáveis, entendendo-se que se esgotou a competência se não o fêz prêviamente, caso em que se há de atender ao último regramento.

No art. 8.0, o Código de Caça contém regra de direito policial, de polícia preventiva, porquanto estatui que, "durante o defeso é vedado transitar com arma de caça". Atende-se, porém, à necessidade de proteção pessoal ou dos bens, na zona rural (art. 8.0, parágrafo único): "Ao proprietário rural ou ao seu preposto será, porém, permitido transitar com arma de caça no período defesa dentro de sua propriedade, para a defesa de suas lavouras e criações". Também, devido à natureza dos animais bravios, para a defesa própria.

No art. 10 abre-se exceção ao *princípio da generalidade do defeso,* em atenção a elemento de necessidade (estado de necessidade): "Os agricultores e criadores ou seus prepostos poderão abater, em qualquer época do ano, animais nocivos, desde que haja dano real à respectiva propriedade e que possa ser comprovado pela fiscalização". "Dano real" não está, aí, por dano ocorrido, mas sim em vez de dano indicável ou de forte probabilidade.

No Código de Caça (Decreto-lei n. 5.894, art. 9~O, foi dito: "Os

animais silvestres considerados nocivos poderão ser abatidos, em qualquer. tempo, de acôrdo com as instruções da Divisão de Caça e Pesca, aprovadas pelo Conselho Nacional de Caça". A nocividade tem de ser apontada pelas instruções, a que também incumbe dizer quais os meios empregáveis, porém todos êsses poderes hão de ser contidos em enunciados de fato, que possam se~ verificados, ou restringir-se a recomendações.

§ 1.679. Direito administrativo e exercício da caça

1.EXERCICIO DA CAÇA. O direito administrativo só permite o exercicio da caça (exercício da faculdade de caçar e exercício do direito de caçar) aos maiores de dezoito anos (Decreto-lei n. 5.894, Código de Caça, art. 13).

Acrescenta o parágrafo último do art. 13: "Podem caçar: *a)* os brasiIeiros natos ou naturalizados; *b)* os estrangeiros que estiverem legalmente no país, em caráter permanente ou temporário; *c)* os naturalistas, satisfeitas as exigências do art. 26". O art. 26 é O em que se diz: "E‟ facultado à Divisão de Caça e Pesca conceder a cientistas pertencentes oh indicados por instituições científicas, oficiais ou oficializadas, licença especial para o material destinado a fins científicos

A pessoa que possa e deva caçar tem de munir-se da *licença* respectiva (aIts. 14, pr., 23-26). A regra jurídica do art.

14, pr., "a caça ... será exercida tão somente por quem se achar habilitado coisas licenças previstas neste Código", é puramente de direito administrativo, tendo as infrações as sanções previstas nos arts. 63-87 do Código de Caça.

2.LICENÇA DONO. Se a caça foi em terras públicas, ou em teiras particulares, com licença do dono (art. 594) e o animal era sem dono, o caçador, que infringiu os arts. 13 ou parágrafo único, ou o art. 14, pr., ou alguma regra jurídica dos arts. 23-26 do Código de Caça, *adquire* a propriedade do animal que caçou.

O menor absolutamente incapaz, o louco ou o surdo-mudo .absolutamente incapaz, que caçou, faz-se dono da caça; e dono da caça é quem caçou sem licença da autoridade administrativa. Por isso mesmo, a infração pode consistir na *perda* da propriedade ~a caça (Código de Caça, arte. 63, § 1.0, e 84).

3.LIMITIÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO. O exercício do direito de casa pode ser limitado pela lei de direito administrativo, como fêz o Decreto-lei n. 5.894 (Código de Caça), .arts. 13, 26, 14 pr., e 23-26. As limitações são só ao exercício, no plano administrativo. Tanto se referem ao exercício pelo que tem a simples faculdade quanto aos que são proprietários ou arrendatários. A aquisição do direito de propriedade só se rege pelo direito privado.

Assim, o princípio de que todo proprietário pode exercer o direito de caça, de que é titular, segundo a construção jurídica do direito de caça, sofre limitações em dois sentidos, subjetivo e objetivo: nem *a)* todos os proprietários podem exercer o direito de caça, nem *b)* em todas as terras o direito de caça pode ser exercido. A argumentação daqueles que afirmam desaparecer o direito se todo exercício foi pré-excluído é de repelir-se *(e. g.,* MARTIN

WOLFF, III, 254; certo, K. DICKEL, *Deutsches und preussisches Forstzivilrecht,* □

2 a ed., 1044). Diga-se o mesmo

quanto ao exercício do direito de caça pelo arrendatário dêsse direito .

§ 1.680. Exercício da faculdade de caçar e exercício do direito de caça
1.ATOS PREPARATÓRIOS OU ATOS COMPONENTES IX> EXERCÍCIO DO DIREITO DE CAÇA. Quem tem direito de caça pode exercê-lo até onde o exercício seja permitido e praticar os atos necessários a êsse exercício ou que importem nesse exercício, tais como pôr armadilhas, tapumes, currais, alçapões, erguer tendas ou barracas, preparar e colocar iscas, chamas, bebedouros e meios de lançamento e transporte. Note-se, atentamente, que todos êsses poderes são *conteúdo* do direito de caça (não do direito de propriedade, ainda quando também possam pertencer ao conteúdo dêsse) . A distinção é assaz importante, porque, por exemplo, se A alugou a B a casa da fazenda, com o quintal cercado, e a C arrendou o direito de caça na fazenda, fora o quintal cercado, A pode erguer na fazenda tendas ou barracas para piquenique, construir bebedouro para o gado, colocar carros de transporte, porém não armadilhas, alçapões ou outros meios de captação de animais (conteúdo do direito de caça!), e B, colocar armadilhas, tendas, barracas e o mais, no quintal. O titular do direito de caça, sem posse do imóvel (fazenda), não pode excluir a posse do proprietário, mas já estando em preparação da caça ou a caçar tem

posse de parte mudável da fazenda, donde ter-se de tratar à semelhança

do locatário da fazenda ou da casa com o terreno, se bem que não tenha permanente poder fáctico sôbre a coisa, nem direito real (cf. A. EBNER, *Das preussische Jagdrecht,* 84 e 94): não é preciso que o direito seja real para que do exercício dêle possa resultar posse (poder fáctico), o que se dá, por exemplo, com o exercício da locação, do comodato, ou da administração (art. 486) ; o direito de caça é pessoal, não dá direito à posse da coisa (à imissão), dá pretensão a que o arrendante não perturbe a entrada para a caça ou que a admita (cp. GEORG FROMMHOLD, Uber das Jagdrecht, *Jherings Jahrbiicher,* 53, 197 s. e 202), de modo que somente após a tomada da posse ou o recebimento dela, por ato do arrendante ou de outrem, tem proteção possessória o arrendatário (sem razão, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 255, porque o simples dever de tolerância, a *Duidungspflicht,* do proprietário, não permite a tutela possessória do arrendante, nem há pensar-se em "limite imanente à posse", nem se pode equiparar ao direito de passagem necessária, confusões em que MARTIN WOLFF

incidiu).

2.FACULDADE DE CAÇAR, ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS COMPONENTES DO EXERCÍCIO. O

exercício da faculdade de caçar implica a prática de atos preparatórios ou que constituem exercício mesmo da faculdade de caça. *Ex hypothesi,* não há direito. Não há pensar-se, portanto, em faculdade de exercício e de preparação do exercício que esteja contida em direito. Não há, tão-pouco, elementos para que se conceba solução geral, ou *a priori.* Tudo depende do direito administrativo, ao dar os limites da faculdade.

3.ATITUDE DO DONO DO TERRENO EM RELAÇÃO AO CAÇADOR.

O direito de caça, que só se refere a animais *nuílius,* suscetiveis de caça, encontra óbices subjetivos na atitude do dono do terreno: o proprietário pode negar a licença para caçar e, por via possessória, o possuidor; mas, se, apesar de não ter tido licença, ou, mesmo, da proibição do dono ou possuidor do terreno, o caçador apanha a caça, adquire êle o animal, por ocupação. Só a Lei de caça de Meclemburgo-Strelitz (§ 3, alínea 3.~) obrigava a entregar o caçador ao dono ou possuidor do terreno a caça (contra a lei federal, e, pois, *nula,* nesse ponto, cf. MARTIN WOLFF, *Lekrbuch, ~ 27~a~32~a* ed., 252);

o Código Civil argentino, art. 2.543, faz dono o proprietário do fundo (aquisição por ato de outrem, não-autorizado).

A solução ordinária é a simples indenização *(e.* g., Código Civil português, art. 390).

Os animais bravios, deixados livremente, são sem dono, *res nuílius.* Presos, pertencem a quem os ocupou, mas, se o caçador penetrou em terreno alheio para caçar, sem licença do dono, perde a caça, que ocupou, e responde pelo dano (art. 595-598). No direito brasileiro, há a *ocupação* e há a *perda.* No direito argentino, art. 2.543, o ato do caçador é suporte fáctico da aquisição da propriedade pelo dono do terreno: "Los animales que se cazaren en terrenos ajenos, cercados, plantados ó cultivados, sin permiso del duei‟io, pertenecen al proprietario del terreno, y el cazador está obligado á pagar el daiio que hubiere causado". Pràticamente: no direito brasileiro, se o dono do terreno dá o seu assentimento posterior, imediato, o caçador fica com a caça; no direito argentino, o assentimento posterior seria duação ao caçador. No direito brasileiro, enquanto o dono não recebe a coisa, não tem posse, mas tem propriedade; no direito argentino, tem propriedade, e não tem posse. Em ambos os sistemas jurídicos, há direito à posse. Se o assentimento posterior não ocorre, tanto no direito brasileiro quanto no argentino, há ação de imissão.

§ 1.681. Ações contra o exercício ou derivadas da faculdade de caçar ou do direito de caça 1.FACULDADE DE CAÇAR. Se não há direito de caça, mas apenas faculdade de caçar, a lei, ou a autoridade pública, dentro da lei, ou o proprietário, que facultou, pode retirar ou limitar a faculdade ou seu exercício. Se o ato da autoridade pública infringe, por exemplo, o princípio de isonomia (Constituição de 1946, art. 141, § 1.0), há ação mandamental e ação ordinária contra o ato infringente da Constituição, ou da lei que declarou ou criou a faculdade.

Quem deu a faculdade tem, entre outras, as ações de posse e a declaratória negativa.

2.DIREITO DE CAÇA E AÇÕES. Sempre que o proprietário pode negar permissão para a caça, tem êle pretensão àabstenção, a *actio quasi negatoria* e a *actio quasi confessoriÂz* (W. vo~ BRÚNNECK, Das heutige deutsche Jagdrecht, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 48, 109 s.), em certas circunstâncias as ações possessórias, porque o direito de caça é parte integrante do bem imóvel, da propriedade, e, pois, da posse, pelo principio de coextensão das duas. Tem mais a proteção penal.

Quanto ao direito de caça, em si, não é direito real, nem. lhe corresponde situação fáctica de posse. Se alguma proteção possessória pode advir é de ter sido arrendada a coisa, e não do direito. O mais que se pode dizer é que o direito de caça é parte integrante do bem imóvel, mas direito pessoal: liga-se ao bem, sem ser direito real (J. vON

ANDERS, *Das Jagd- und Fischereirecht,* 90; sem razão, GEORG FROMMHOLD, Uber das Jagdrecht, *Jherings Jahrbiicher,* 53, 200 s.).

Em caso de ação executiva, não se pode penhorar o imóvel sem se penhorar o direito de caça, mas pode-se pedir que se arrende o direito de caça, pondo-se em leilão, depois, o imóvel, que assim é vendido com essa diminuição no valor. Se o direito de caça já estava arrendado, dá-se o mesmo; mas o arrendatário é terceiro, que pode vir com seus embargos (cp. E. SEHLING, *Die Rechtsver&Íltnisse an den der Verfizgung des Grundeigentjimers nicht entzogenen Mineralien,* 234 s.).

§ 1.682. Abelhas

1.ABELHAS, UNIVERSALIDADES DE FATO. As abelhas são consideradas, de ordinário, como universalidades de fato, formando o enxame, e só excepcionalmente como coisas singulares (fora a rainha). Poder-se-ia ter a rainha como elemento central do enxame e, pois, sem valor o enxame sem rainha *(e. g.,* KoLLIGS, Das Bienenrecht, *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 74, 441), porém, desde a *lex Aquilia,* pode haver dano em uma só abelha e o Código Civil, no art. 593, III, fala de enxame sem se referir à rainha. Quanto a serem as abelhas animais bravios ou não bravios, GAIO afirmou a sua *natura fera* (L. 5, §§ 2 e 5, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1), ao mesmo tempo que expôs os princípios: as que houverem pousado em árvore nossa, se não as encerramos em colmeia, não são nossas, tal como acontece às aves; por isso, se outrem as recolhe, é dono delas (§ 2; têm de ser *ocupadas,* cf. arts.

592 e 593, 1 e III) ; o dono dos terrenos tem o direito de proibir a entrada nêles (§ 3); o enxame, que emigrou da nossa colmeia, entende-se nosso, enquanto está à nossa vista e não é difícil perseguilo, se não, faz-se *res nuilius,* e é dono quem o ocupa (§ 4); se saem e volvem, os animais (incluídas as abelhas?), tendo êsse costume de volver *(consuetudo reventendi),* são nossas, ainda se estão longe (§ 5). Dos textos gaianos ao art. 593, há longa estrada, tendo-se substituido a referência a estar *(in conspectu nostro)* e não ser difícil a perseguição

(nec difficilis eius persecutio est) pela referência à reclamação imediata (art. 593,111, *verbis* "reclamar imediatamente") 2.CÓDIGO CIVIL, ~ART. 593, 1, OU 593, II? Quanto a entrarem as abelhas no art. 593, 1, que trata dos animais bravios, ou no art. 593, II, é questão que vem da antiguidade.

a) GAIO considerou de natureza bravia *(fera)* as abelhas. e é seguro que o § 5 da L. 5, correspondente ao art. 593, II, incluía as abelhas (cf. GAIO, *Institutiones,* II, 68). *b)* Opinião, que vem de mais de três séculos antes de Cristo, e algures a colheu ARISTÓTELES, distinguia as abell~~as bravias e as domesticadas: é a de VARRO *(De re rustica,* III, 16: "... quae ferae et cicures sunt"), de COLUMELA *(De re rustica,* IX, 8: "... examina silvestria et vernacula") e de PLÍNIO, no livro undécimo da *História natural* (cap. 4 e 18: "rusticae silvestresque... urbanarum"). Também assim os *Motive* (III, 373). Para o direito, há importância na discussão: os animais bravios do art. 593, 1, voltando à liberdade (não enquanto não volvem à selva, ou aos esconderijos próprios da sua qualidade), são *res nuilius* e, pois, apropriáveis ;~ os que adquiriram o hábito de voltar, ditos domesticados, só se o perderam, não estando assinalados, é que se tornam *res nuilius.* A solução romana foi *a),* porque havia a regra tradicional *(verbis* "habemus regulam traditam"), a que se refere GAIO *(Institutiones,* II, 68), concernente aos animais que têm o hábito de voltar ao lugar onde se situaram, ou foram situados, incluídos os pombos e as abelhas *(veluti columbis et apibus)* Pergunta-se se as abelhas são frutos do prédio, ou se são coisas que se alojam nas colmeias e as completam (coisa composta "colmeia e abelhas"), ou se a colmeia é pertença do imóvel, e as abelhas, coisas coletivas. O mel é fruto; dono dêle é o dono da colmeia. O usufrutuário tem direito a êle.

A colmeia e o enxame podem ser parte integrante do imóvel se há os pressupostos do art. 43, III. Abelhas não são frutos do prédio; é preciso a ocupação para que entrem no patrimônio do dono do prédio. Se já as tem e as tornou parte integrante (art. 43, III), ou pertença, as que *nascem* são frutos da parte integrante e, pois, do prédio, ou da pertença. Muito diferente é o que se passa com as abelhas emigradas, porque essas têm de ser *ocupadas* (arts. 592 e 593, pr.); salvo se elas se alojarem em colmeia *cheia.*

3.ABELHAS, QUANDO SÃO "RES NULLIUS". O art. 593,

III, permite concluir-se que são *nuilius* as abelhas que nunca foram ocupadas, as que foram abandonadas e as que emigraram da colmeia, sem a vontade do proprietário, e êsse não as reclamou imediatamente.

A expressão

"reclamar", que aparece no art. 593, III, exclui que, havendo pessoa que receba a reclamação imediatamente, o proprietário penetre no terreno vizinho para as reaver. Se não há quem a receba, então sim: pode dar-se a perseguição nas terras de outrem.

a)Se o enxame se introduziu em colmeia alheia *vazia,* ainda que pertença a outrem, pode desarmá-la, se é desarmável, ou perfurá-la, ou cortá-la, se o não é. Todo prejuízo que cause é indenizável. Temos, pois, que, feita, imediatamente, a reclamação, ou, se não se pode realizar, sem ela, a ação imediata evita que o dono do enxame evadido perca a propriedade; em conseqüência, tem êle pretensão para exigir e perseguir e apanhar o que é seu e legitimação à tutela própria (justiça de mão própria), tal como numa das espécies do art. 502. Exercida a justiça de mão própria, incidem os princípios quanto às consequências (falta do direito à justiça de mão própria, exercício irregular, etc.) . Com razão, quanto a se tratar de justiça de mão própria, G. PLANCK *(Komrnentar,* ~ l4.~ ed., 443), J.BIERMANN *(Saehenrecht,* 3~a ed., 247), O. WARNEYER *(Kommentar,* II, 186) e outros; sem razão, 11.

DERNBURC *(Das Biirgerliche I?echt,* ~ 3.~ ed., 384, nota 22). O, proprietário do enxame imigrado perde a propriedade por não o ter reclamado. Não há, porém, direito de preferência à apropriação por parte do possuidor do fundo em que se acolheu o enxame.

O "imediatamente" do art. 593, III, atende a que pouco tempo voam, imigrando, os enxames. Os juristas romanos sabiam disso, e lançaram mão dos dois conceitos, o de *in conspectu nostro esse* e o da *persecutio non difficilis,* que haviam de concorrer ("donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio"; certo, KARL BÀLz, *Das Recht an Bienen,* 39). GAIO *(Institutiones,* II, 67) era explícito: "Ou (o animal bravio) considera-se ter recuperado a liberdade natural quando escapa à nossa vista, ou, se ainda o vemos, difícil é a perseguição dêle". Uni pressuposto subjetivo, e outro, objetivo. A dificuldade havia de ser objetiva. No direito medieval e pós-medieval, procurou-se substituir o quantitativo ao qualitativo. No Schwabenspiegel, falava-se em três dias; em opiniões judiciárias referidas por F. VON BÚLOw e TH. HAGEMANN *(Praktische Erôrterungen,* II, 114, e 124), vinte e quatro horas; na *Lex Bavariorum,* XXI, 8-10, não se insere o quantitativo, e aparece, em vez do ato da perseguição, o ato de interpelação (8, *verbis* "tunc interpellat eum cuius est arbor"; 10, *verbis* "Si autem dominum arboris vel vasculi non interpellaverit"; cf. H. G. PH. GENGLER, *Germanische Rechtsdenkmctler,* 379 c.). A "reclamação" do art. 593, III, é de origem germânica. O tempo corre, curto, porém não

quantitativamente preestabelecido, contra o dono das abelhas evadidas, e cabe-lhe reclamar, se há alguém a quem deva fazê-lo, ou apanhá-las, se o não há. No Código Civil da Saxônia (1863, § 230), o tempo era de dois dias; no de Zurique (§ 523), três, como no bávaro (1865, Parte III, art. 27). No Código Civil francês, art. 524, metem-se as "ruches à miei" no rol dos imóveis por destinação, sem se precisar se se trataria de parcialização ou de pertinencialização. No Código Civil italiano de 1865, art. 713, a perseguição havia de ser no tempo de dois dias; no nôvo Código Civil, art. 924, insiste-se. Considera-se que, transcursos os dois dias, as abelhas perderam a *consuetudo revertendi,* mas, contraditôriamente, permite-se a continuação da perseguição para além dos dois dias *(verbis* "se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni d"inseguirli"), o que não estava no Código Civil de 1865. Discute-se de quando começa a contagem: se do fato, ou se do conhecimento do lugar em que se acham as abelhas. A primeira solução (F. DE

MARTINO, *Delia Proprietá,* 364 s.) impõe-se (cf. Código Civil italiano, art. 925).

b)Se o enxame se introduziu em colmeia alheia *cheia,* o proprietário pode reclamar o que é seu, mas há de fazê-lo imediatamente. Tal reclamação impede a perda da propriedade. Se não reclama imediatamente, as abelhas imigradas passam a pertencer ao dono da colmeia *cheia.* O proprietário anterior nenhum direito tem à indenização pelo dano ou enriquecimento (J. BIERMANN, *Sachenrecht, 3~a* ed., 248) ; e o dono da colmeia cheia adquire, originàriamente, a propriedade. Sôbre qual o modo de aquisição, há dúvida. O Código „Civil alemão fala de *extensão* da propriedade ou de outro direito (§ 964, *verbis* "erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen"). Trata-se de fato jurícfico *stricto sensu,* o que, de inicio, exclui pensar-se em ocupação, que é ato-fato jurídico. Como fato jurídico *stricto sensu,* há a figura da confusão de coisas móveis, em que se enquadra, sem qualquer indenização, porque o dono do enxame perdeu qualquer direito.

Reclamando o dono do enxame imigrante, imediatamente, não perde a propriedade; de modo que, se a separação é praticável e não exige dispêndio excessivo, cabe a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor do seu enxame, salvo se as circunstâncias mostrarem que o enxame do dono da colmeia é mais importante e exige unidade de trato, caso em que há de indenizar (arg. ao art. 615 e §§ 1.0 e 2.0). Não há, no direito brasileiro, regra jurídica que corresponda ao § 964

do Código Civil alemão, ainda implicitamente; implícitas somente temos as regras jurídicas que se extraem do art. 615 e §§ 1.0 e 2.0. Se o valor dos enxames não é determinável, a mistura dá ensejo à compropriedade pelo mínimo de enxames.

Se as abelhas foram a outro prédio, sem terem entrado em colmeia *cheia,* ou *vazia,* são adéspotas *(res nuilius),* e o dono do prédio pode ocupá-las, se não houver a reclamação imediata. No Código Civil italiano vigente, art. 924, *in tine,* diz-se:

..... se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni d"inseguirli, puô prenderli e ritenerli il proprietario dei fondo". Não se pensou em haver colmeia *cheia.*

c) Se se alojam na mesma colmeia *vazia,* ou apenas se juntam, dois ou mais enxames, e só o dono de um dêles perse guiu o seu enxame, ou reclamou, o enxame total fica sendo dêsse, tal como ficaria do dono da colmeia *cheia* se todos não reclamassem. O fato jurídico é o mesmo. A comunhão é comunhão incidente.

d)Se dois ou mais enxames se juntam alhures, ou se se alojam na mesma colmeia vazia, para os que perseguiram os seus enxames, ou reclamaram imediatamente, a mistura estabelece compropriedade, pelo número de enxames, se o seu valor não é determinável. Se a colmeia tinha enxame, resolve-se conforme b).

III.PESCA

§ 1.683. Conceito de pesca

1.PESCA E EXERCÍCIO DA PESCA. Pescar é apanhar peixes. O art. 599 é simétrico ao art. 594; nêle diz o Código Civil: "Observados os regulamentos administrativos, lícito é pescar em águas públicas, ou nas particulares, com o consentimento do seu dono". A pesca é a atividade para apanhar, desde os preparativos à apanha do peixe. A ocupação é outro fato, que pode resultar, ou não, do fato de apanhamento. O que pesca em piscina,~ ou tanque, em que os peixes não são *res nullius,* não os ocupa, não lhes adquire a propriedade.

2.PESCAR E OCUPAR. Assim, é preciso distinguir-se a atividade de quem pesca, por poder ou por ter direito a pescar, e a apropriação, por

faculdade ou por direito.

3.ESPÉCIES DE ÁGUAS. ~ As águas em que se exerce a pesca ou são marítimas ou interiores. As águas marítimas ou são costeiras, litorâneas ou de alto mar. O Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938 (Código de Águas), no art. 2.0, houve por bem incluir em seu texto as definições já fixadas na terminologia científica: "Quanto às águas em que é exercida, a pesca se divide em "interior" e "marítima", sendo esta subdividida em litorânea, costeira e de alto mar". No art. 2.0, § 1.0: "A litorânea é a exercida nos portos, baias, enseadas, lagoas, lagos e braços de mar, canais e quaisquer outras bacias de água salgada e salobra, ainda que só comuniquem com o mar durante uma parte do ano". No § 2.0: "A costeira é exercida até a distância de doze milhas na perpendicular da costa". No § 3.0: "A de alto mar é aquela que se exerce além das águas territoriais". No art. 3.0: "A pesca interior é a exercida em lagos, lagoas e lagunas, açudes ou quaisquer depósitos de água doce, nos rios e outros cursos de água, bem como em canais sem nenhuma ligação com o mar

4.ANIMAIS E VEGETAIS QUE SE PESCAM. A pesca refere-se a peixes *nuilius,* ou a peixes de águas públicas dominicais (Código de Pesca, Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938, art. 4~0), e a moluscos, crustáceos, esponjas e algas (vegetais), e não a jacarés e outros grandes anfíbios. Assim, os caranguejos, as tartarugas e as rãs, se apanháveis nas águas. Jacarés e outros grandes anfíbios caçam-se. Ficaria o problema de se saber se os jacarés e outros grandes anfíbios que se caçam estão compreendidos na expressão "animais" do art. 4~0 do Código de Pesca:

"São do domínio público todos os animais e vegetais que se encontrem nas águas públicas dominicais, de acôrdo com a definição dos arts. 6.0 a 11 do Código de Águas, baixado com o Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1943".

a) A favor da negativa há os argumentos de que a regra jurídica está no Código de Pesca, e não está no Código de Caça, e êsse se refere a jacarés e outros anfíbios. *b)* A favor da afirmativa, o de não se poder distinguir onde a lei não distinguiu: "todos os animais e vegetais". *c)* A melhor solução é considerar-se do Estado o que foi pescado ou colhido nas águas públicas dominicais e sujeito às regras jurídicas da caça o que fôr apanhado em terra. Se o animal, anfíbio, muda de água, passando das águas públicas dominicais para águas públicas não-dominicais ou para águas particulares, são as regras juridicas da pesca

que incidem, sem mais se poder iirvocar o art. 4~0 do Código de Pesca.

A cada entrada em terras públicas dominicais o animal (o jacaré, por exemplo) torna-se bem do Estado; e passa a ser *res nuilius,* ao sair delas. Semelhantemente, os peixes ou os anfíbios que saem das águas particulares, ou públicas não-dominicais, em que são *res nuilius,* e entram em piscina ou curral particular, ou do Estado, passam a ter dono.

5.PISCINAS E TANQUES. Se os peixes se acham em piscina, ou tanque, ou bacia, natural ou artificial, não são *res nuilius.* Embora nadem, não têm a *naturalis libertas.* Estão sujeitos ao poder fáctico de alguém, que dêles tomou posse própria e dêles, por ocupação, ou por título *(e.* g., tradição), se tornou proprietário. Desde que o peixe não pode sair das águas particulares de alguém, não são sem dono, salvo se, ainda assim, não estão sujeitos ao poder fáctico do dono das águas.

Se há tal posse própria e outrem, sigilosamente ou não, obtém, por ato seu, que os peixes, sem que o proprietário o permita, passem a outras águas, querendo dêles se apropriar, furta-os. Migrações sem ato de outrem são causa de perda da propriedade mobiliária, como a fuga dos animais caçáveis ou não que vivem em terra, se não ocorre o que se prevê nos arts. 596 e 593, III, ou se não há assinalamento (art. 593, II e IV). Se a migração se consuma sem que o dono das águas favorecidas o promovesse e os peixes caem sob a posse própria dêsse, dá-se a ocupação, porque a certo momento cessou a propriedade do que os tinha sob seu poder fáctico. Se o dono das águas favorecidas o promoveu, o dono das águas de que emigraram os pode reivindicar.

§ 1.684. Pesca e ocupação

1.CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE PESCA. (a) As águas públicas, no sentido do art. 66, 1, são as de uso comum, como os mares, rios, lagos e lagoas, de que se falou no Tomo II, §§ 155, 5, 156; as águas públicas de uso especial (art. 66, II; Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 32) são as que foram destinadas a algum serviço de Estado, ou por serem utilizáveis exclusivamente por êle, ou por terem sido de uso comum e ter a lei especializado a utilização. As águas dominicais, no sentido do art. 66, III, são “todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns” (Decreto n.

24.643, art. 6.0), ou públicas de uso especial (art. 66, II). Não nos interessam aqui as águas subterrâneas.

No alto mar, todos podem pescar, desde que se atendam às regras de direito administrativo. Todavia, se, infringindo -

as, alguém apanhou o peixe, ou, arpoando-o ou farpando-o, o perseguiu, colhendo-o outra pessoa, a aquisição da propriedade ocorre (cf. arts. 592, 593, 1, e 600). Também a adquire quem pesque em águas alheias, particulares ou públicas sem uso comum, sem permissão do dono das águas, embora, com a incidência do art. 601, que se concebeu à semelhança do art. 598, a perca imediatamente. As regras jurídicas de policia concernentes ao exercício da faculdade ou do direito de pesca não atingem o sistema do direito privado.

(b)Nas águas costeiras de uso comum, ou há a faculdade de pescar, se o direito de pesca não exsurgiu historicamente, como direito parte integrante da propriedade das águas, ou êsse direito, se foi isso o que se deu. Não há resposta para todas as espécies.

(c) Nas águas interiores, têm-se de distinguir as águas públicas e as aguas particulares. Se as águas são particulares, o direito de pesca é direito parte integrante *da propriedade,* e não direito conteúdo *do direito de propriedade.* A diferença já foi caracterizada quando se tratou da caça. A opinião de HANS GOLDSCHMIDT *(Eigentum und Eigentumsteilrechte,* 101), sôbre ser conteúdo do direito de propriedade sôbre a corrente, é de repelir-se.

(d)Quanto às águas dominicais, diz o Código de Águas (Decreto n. 24.643), no art. 6.0: “São públicas dominicais todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns”. No art. 4□0, o Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938, estatuíu, em regra jurídica que merece aguda análise: “São do domínio público todos os animais e vegetais que se encontrem nas águas públicas dominicais, de acôrdo com a definição dos arts. 6 a 11 do Código das Águas, baixado com o Decreto n.

24.643, de 10 de julho de 1934”. O problema maior há de ser resolvido desde logo: ~ o Decreto lei n. 794, com o que edictou no art. 4□0, fêz os animais e vegetais que se encontrem nas águas públicas dominicais: *a)* objeto do direito de propriedade, portanto *conteutdo* do direito de propriedade o direito à pesca, sem se poder falar de ocupação de tais animais e peixes, porque já são, antes de pescados ou colhidos, bens do Estado, ou *b)* parte integrante *da*

propriedade o direito à pesca? Já vimos que a construção *a>* não serve à espécie das águas particulares, não-pertencentes ao Estado, de que antes se cogitou, como classe (c). Mas é, evidentemente, a que se tira do art. 4~0 do Decreto-lei n. 794, onde explicitamente se diz que "são do domínio público todos os animais e vegetais que *se encontrem* nas águas públicas dominicais". Temos, assim, a construção de HANS GOLDSCH

MIDT, que não se presta à expressão do direito de pesca em águas particulares.

2.CONSEQÜÊNCIAS DO ART. 40 DO C´ÓDIGO DE PESCA. Uma vez que são do domínio público os animais (e vegetais) que se encontrem em águas dominicais, temos: *a)* tais animais (ou vegetais) não são *res nullius,* pertencem ao Estado; *b)* não há ocupação de tais animais (ou vegetais); *c)* se retirados das águas e separados, tornam-se bens móveis à parte e podem ser alienados como tais; *d)* uma vez que são dominicais, nada obsta a que o direito de pesca, que tem o Estado, seja arrendado, e o arrendatário faz seus os animais (ou vegetais), derivativamente, e não por ocupação; *e)* o Estado pode alienar os animais (ou vegetais) que se encontrem nas águas dominicais, antes de serem pescados ou colhidos, entendendo-se que, para a colheita, atribuiu, com a posse transmitida (posse própria!) dos animais (e vegetais), a posse das terras no que é necessário à pesca ou à colheita, ou apenas assumiu dever de permitir a entrada; 1) o Estado pode apenas vender, obrigando-se à entrega dos animais (ou vegetais), com ou sem a promessa de arrendar o direito de pesca ou colheita, sendo de interpretar-se, no primeiro caso, que se deu a obrigação de pescar ou colhêr.

3."ANIMAIS", NO ART. 4 DO CÓDIGO DE PESCA.

O art. 4~0 do Código de Pesca não falou de peixes, mas de "animais e vegetais". Quanto aos vegetais, nenhum problema surge; são partes integrantes do solo sob águas, ou das águas e, pois, de regra, do solo sob águas. Quanto aos animais, tem-se de saber se a *lez epecialis* do art. 4~O do Código das Águas, que muda a figura jurídica quando se trata de águas públicas dominicais, só se refere ao que se pesca, ou a quaisquer animais, inclusive anfíbios que se caçam. A resposta seria no sentido de só apanhar animais que se pescam, e não animais que se caçam,, se tivéssemos de seguir a opinião *a)* do § 1.683, 4; no sentido de abranger o art. 4~O do Código de Pesca quaisquer animais e vegetais, isto é, no sentido da solução *b).* Em verdade, porém, a

solução *c)* é a mais adequada à redação e à colocação da regra jurídica, sôbre ser a mais prática: o que se pesca ou colhe em águas públicas dominicais pertence ao Estado, porque já lhe pertencia.

Se o pescador, que arpoou, ou farpou, o animal que não se encontrava em águas públicas dominicais, o persegue e o animal entra em águas públicas dominicais, não o perde, ainda que outrem o colha (art. 600), porque adquirira a propriedade antes de ir o animal às águas públicas dominicais. Dá-se o mesmo se o animal manso ou amansado é marcado (art. 593, II, *ex argumento a contrario)* e penetra em águas públicas dominicais.

Se o animal foi arpoado, ou farpado, em águas públicas dominicais, e delas sai, entrando em águas em que se tornaria *nuilius,* pertence ao Estado, enquanto perseguido, embora outrem o colha. Mas, cessada a perseguição, passa a não ter dono. Se o animal, arpoado ou farpado, não saiu das águas públicas dominicais, é indiferente se alguém o colheu ou não, ou se continuou, ou não, de ser perseguido.

A pesca em águas públicas dominicais é furto.

§ 1.685. Direito de pesca e direito de apropriação

1.DIREITO DE PESCA E DIREITO DE APROPRIAÇÃO. O direito de pesca pode conter e pode não conter o direito de apropriar-se. De regra, entende-se que, ao arrendar o direito de pesca, o titular não se reservou fazer seu o que o arrendatário apanhe. Se não se trata de pesca para venda, o arrendatário s~mente se pode apropriar do que é necessário à alimentação da família, ou do grupo de pescadores: o excesso, que apanhe, é adquirido pelo titular do direito de pesca, porque o arrendatário *ocupou* para entregar (quem ocupou foi o arrendatário, como servidor da posse), salvo se houve reconhecimento da apropriabilidade pelo arrendatário, com o dever e a obrigação de prestar ao titular do direito de caça o excesso.

2.DEvER DE PESCAR. Quando da omissão de pescar resulte dano às águas, ou às pessoas, ou a animais das margens, há dever de pescar; outrossim, se tal dever emana de cláusula do negócio jurídico de arrendamento do direito de pescar. Se há lei de direito administrativo que .tenha por fito o abastecimento do público, dela pode constar dever de pescar, correlativo ao direito de pescar.

3.DIREITO DE PESCA E ÁGUAS EM TERRENOS RIBEIRINHOS.

Segundo o art. 602, “nas águas particulares, que atravessam terrenos de muitos donos, cada um dos ribeirinhos tem direito de pescar de seu lado, até ao meio delas”. Se se trata de lago, redondo, os proprietários marginais, se forem mais de dois, têm de traçar as linhas em que hão de pescar, em direção do centro do lago (cf. arts. 544 e 537; e Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, arte. 23-25, sôbre ilhas). A regra jurídica procede do *Esbóço* de TEIxEIRA DE FREITAS, art. 4.103: “Quando águas particulares atravessarem terrenos de diversos donos, cada um dos ribeirinhos tem de seu lado o direito de pescar até o meio delas, a não haver direito adquirido em contrário”. A proposição final é de subentender-se. No Código Civil argentino, art. 2.548, apenas se falou das águas de uso público:

“Es libre pescar en águas de uso público. Cada uno de los ribereflos tiene el derecho de pescar por su lado hasta ei medio del rio o del arroyo”. Aliás, tem-se de resolver analogicamente, ainda na falta de regra jurídica como a do art.

544 do Código Civil brasileiro.

4. PEIXEs E RETIRADA DAS ÁGUAS. No caso de inundação, *a)* o dono do terreno inundado adquire por adjunção os peixes que ficam nos charcos, se seriam *nuilius,* ou *b)* por confusão, se entraram em curral ou outro meio de apanhamento, sem se poderem distinguir dos que eram *nuilius* ou próprios os que já haviam sido apanhados pelo dono das águas invadentes. Se, *c)* com a retirada das águas, não ficaram ao alcance normal da mão os peixes, de modo que se teriam de pescar, o dono das águas restantes é que tem o direito de pesca. Em *a)* alguns vêem direito de apropriação *(e. g.,* MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 258), mas, assim, confundir-se-ia aquisição por adjunção (o peixe passou a ser como a fôlha de árvore do vizinho que o vento trouxe ou o próprio vizinho jogou no terreno, ou frutos, segundo o art. 557) e o direito de apropriação *(e.* g.,art. 558).

~1.686. Exercício do direito de pesca e da faculdade de pescar

1.DIREITO DE PESCA E ATOS PREPARATÓRIOS. O direito de pesca em terreno alheio compreende a pretensão a penetrar no terreno alheio *(e. g.,* ribanceira, ilha, ponte), até onde seja de mister à pescaria, a pretensão a conservar os peixes e, por conseguinte, à eliminação, com ou sem apropriação, dos animais ou vegetais nocivos aos peixes. Uma vez que o direito de pesca não é direito real, não se podem ver, aí, direitos reais, considerando -se direitos auxiliares reais:

há a pretensão pessoal, apenas. Se foi atribuida a posse do espaço e meios necessários, então há a defesa possessória do arrendatário, ou, em geral, da posse do titular do direito pessoal, que se regula no art. 486.

Quanto à recusa pelo dono das águas ou terras, tem o titular do direito de pesca as ações oriundas do negócio jurídico, como a de resolução e a de indenização por inadimplemento. Quanto à apropriação, pelo titular do direito de pesca, do que é nocivo aos peixes, tem-se de distinguir o que entraria no conceito de pesca e o que não entraria.

Se algo entra no conceito de pesca, mas é de animal ou vegetal nocivo que se trata, tanto disso se pode apoderar o pescador quanto dos outros sêres pescáveis. O que não entra no conceito de pesca é afastável por ato do pescador, titular do direito de pesca, porém dêle só se pode apropriar o pescador se *res nuUius* e se o dono das águas não o ocupa.

O que tem o direito de pesca tem pretensão a que o dono das águas se abstenha de fazer instalações prejudiciais à pesca (turbinas, líquidos corrosivos ou venenosos,“ encachoeiramento). Bem assim, assiste-lhe a pretensão à regulação do exercício dos direitos, se há, por exemplo, colisão entre o direito de pesca e o de aproveitamento de água (determinação da medida, tempo e modo de exercício).

2.FACULDADE DE PESCAR E SEU EXERCÍCIO. O que se disse quanto à diferença entre a faculdade de caçar e o direito de caça também se há de entender quanto à faculdade de pescar e o direito de pesca. Igualmente, em relação aos respectivos exercícios.

§ 1.687. Pesca e direito administrativo

1.SERVIÇOS DE PESCA. O Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938, que lançou o Código de Pesca, revogando os Decretos n. 23.348, de 14 de novembro de 1933, e n. 704, de 24 de março de 1936, diz no art. 1.0:

“Os serviços de pesca em todo o Brasil, inclusive a administração, direção, fiscalização técnica do pessoal e material respectivos, a instrução especializada dos pescadores e sua organização profissional, e tudo mais que com a mesma se relacione no interesse da defesa da fauna e flora agrícolas e desenvolvimento de suas indústrias, ficam inteiramente subordinadas ao Ministério da Agricultura pelo seu órgão

competente o serviço de Caça e Pesca do Departamento Nacional da Produção Animal e sujeitos às determinações dêste Código". No art. **5□0,** estabeleceu-se:

"Somente aos Brasileiros é facultado exercer e explorar profissionalmente a pesca e indústrias correlatas". No parágrafo único, acrescentou-se: "A exigência dêste artigo é extensiva aos armadores de pesca e à administração das sociedades civis, comerciais, ou industriais que explorem a pesca" Brasileiros natos ou naturalizados. Todavia, tratando-se de exercício de faculdade ou de direito de pesca, em que não haja formação de em que se tenha de observar o art. 155 e seu parágrafo único da Constituição de 1946, ou outra regra jurídica constitucional, a limitação feita pelo art. **5□O** e seu parágrafo único é contrária à ConstituIção de 1946, art. 141, *§§* 12, 14 e 16, ou outras regras jurídicas constitucionais.

No art. 6.0, o Código de Pesca exige a idade mínima de dezesseis anos para o exercício da pesca; salvo *(§* 1.~) se se trata de pesca de caniço, ou linha de mão, feita de terra. A infração *(§* 2.~) é punida com multa, elevada ao dôbro, em caso de reincidência, e apreensão do material de pesca utilizado. O que foi pescado pelo menor de dezesseis anos pertence-lhe, em virtude dos princípios de direito privado concernentes à ocupação.

Quanto ao pescador profissional, os arts. 7-13 do Código de Pesca cogitaram da matrícula e da participação em colônias de pescadores. O art. 14, dos deveres do pescador, no plano do direito administrativo.

2.LIMITAÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO DA PESCA. Nos .arts. 15-19 e 20-26, o Código de Pesca tratou das limitações ao exercício da pesca (ditas, lá, "restrições gerais à pesca") e dos aparelhos de pesca.

Não há *dominium eminens* do Estado quanto à pesca. A pesca, pelo interesse público, está sujeita a linút~óes legais, de ordem policial e administrativa, tais como proibições de

□certos meios de pesca, de certas construções de captação, e exigência de licença. Tudo isso só é concernente ao exercício da pesca (faculdade ou direito) . O que se disse sôbre a caça, cabe aqui relembrar-se.

Os arts. 16, *§* 1.0, e 19 do Decreto-lei 794 (Código de Pesca) têm repercussão no direito privado. Diz o art. 16, que "é expressamente proibido o lançamento de óleos e produtos oleosos, nas águas interiores ou litorâneas". A responsabilidade civil existe ainda se sem

culpa foram lançados. O art. 19 diz: “São proibidos os cercados de peixe, fixos, de qualquer denominação, tais como currais, camboas, paris, cacuris, coração, caçoal, curral duplo, curral em série, estaqueadas e muradas, desde que causem embaraços à navegação, que provoquem assoreamento, salvo quando construídos sôbre recifes e outras formações rochosas” (Lei n. 2.238, de 2 de junho de 1954) . Essa .regra jurídica Somente concerne ao exercício da pesca; de modo nenhum altera o direito comum sôbre aquisição do que fôr pescado.

3.DISTRITOS DE PESCA, NO MAR OU EM LAGO, OU EM RIO.

Em princípio, pode permitir o Estado: a) a pesca no mar, em lago, ou em rio, que seja comum, mediante lei, ou b) em águas públicas destinadas à pesca pelo Estado, ou *e)* em águas públicas dominicais. Na espécie a), não é possível monopólio, salvo o estatal, conforme o art. 146 da Constituição de 1946; na espécie *b)* ou na espécie *e),* o bem é do Estado e há o negócio jurídico entre êle e a exploradora da pesca:

o titular do direito de pesca arrenda-o a outrem.

Não há, no direito brasileiro, a aquisição de direito de pesca por usucapião e desde cedo DOMINGOS ANTUNES

PORTUGAL *(Tractatus de DonationibUs,* II, Livro III, Cap. 9, n. 85) e MANUEL ÁLVARES PEGAS

(Commentaria ad Ordinationes, IX, à Ord. do Livro II, Título 28, n. 120), reagiram contra influência de leituras estrangeiras. O chamado “direito de preocupação” de lugares públicos, como se se fazem carreiros ou pesqueiros permanentes, ou estacadas para redes, não pode ir além das figuras de direito administrativo, que não importem em aquisição da propriedade, ou de direito real (uso ou usufruto, ou enfiteuse), salvo tresdestinação, com a deslocação do bem para a classe que o permita, observadas a Constituição e as leis (sôbre a preocupação, veja MANUEL

LVARES FERREIRA. *Novorum operum aedificationibus.* Livro IV, d. 15, n. 51, e Livro II, d. 3, n. 30, e Livro III, d. 1, n. 34).

4.APARELHOS DE PESCA. O Código de Pesca (Decreto -lei n. „794, de 19 de outubro de 1938), art. 15, estatui:

"E" proibido pescar: a) com rêdes ou aparelhos de qualquer espécie, tipo ou denominação, nos lugares em que embaracem a navegação; *b)* com rêdes ou aparelhos de espera que impeçam o livre trânsito das espécies da fauna aquática, nas barras, rios, riachos e canais, ou a~ menos de cinco milhas de distância dos citados lugares; e) com rêdes ou aparelhos de arrasto de qualquer espécie, tipo ou denominação, na pesca interior ou na litorânea; *d)* com rêdes de arrasto (trawl) a menos de três milhas da costa; *e)* com rêdes de "arrastão de praia", na pesca litorânea ou na interior e nas proximidades das embocaduras de rios; *f)* com rêdes "traineiras" a menos de 200 metros das margens, nas baías ou enseadas; g) com dinamite ou qualquer explosivo; h) com substâncias tóxicas; *i)* a menos de 500 metros dos tubos de descarga dos esgotos; *5)* a distância menor de 200 metros da montante ou jusante das cachoeiras, corredeiras, barragens e escadas para peixes; *k)* com facho ou luz de qualquer natureza, quando tal processo possa causar embaraço à navegação; *1)* em outros lugares interditados pelo Serviço de Caça e Pesca; *m)* por meio de qualquer sistema ou processo que prejudique a criação ou procriação das espécies da fauna aquática, a juízo do Serviço de Caça e Pesca". No *§* 1.0: "Os infratores dêste artigo serão punidos com a multa de Cr$ 100,00

a Cr$ 2.000,00 (cem cruzeiros a dois mil cruzeiros), elevado ao dôbro na reincidência". No *§* 2.0: "A infração das alíneas g e h é considerada crime, ficando os seus infratores sujeitos às sanções da Consolidação das Leis Penais", isto é, do Código Penal.

São considerados aparelhos móveis: a) as rêdes de "espera" ou de "barrar" de qualquer tipo, não podendo ter malhas inferiores a 30 mm; *b)* os gradeados de qualquer espécie, os covos, matapis, cestas de junco, de palha ou flecha, de tela ou arame, com espaçamento mínimo de 40 mm; e) cercadas móveis ou currais móveis com espaçamento mínimo de 50 mm.; *d)* linhas e espinhéis (art. 21).

Os aparelhos flutuantes devem ter malha mínima de 30 mm. (art. 22).

São considerados aparelhos de arrasto: a) as rêdes denominadas "arrastão de praia", com malha mínima de 30 mm., seja qual fôr o seu tipo ou dimensão; *b)* as rêdes de arrasto para camarão "sete barbas", com malha mínima de 12

mm.; e) a rêde de arrasto "trawl", com malha mínima de 30 mm. no "copo~~ (art. 23) São considerados aparelhos especiais de pesca: 1. As rêdes denominadas vulgarmente "traineiras", de dois tipos: a) a

"sardinheira", de malha mínima de 10 mm, no ensacador, e de 25 mm

e 30 mm, nas armaduras superior e inferior; *b)* a “traineira de malha lassa” com 15 mm, de malha, no mínimo, no ensacador, e 35 e 40 mm, no mínimo, nas armaduras. II. A rêde denominada “caicai” ou “tróia”, com malhas mínimas de 20 mm, comprimento máximo de 80

metros. III. Rêdes “candomblê” e “balão”, para camarão, com malha mínima de 10 mm.

IV. Tarrafas de fio fino: a) para peixe, com malha mínima de 15 mm.; *b)* para camarão, com malha mínima de 12

mm., e carapuça de 10 mm (art. 24). O cêrco das “traineiras” s& poderá ser efetuado, quando a profundidade das águas fôr nitidamente superior ao calado das rêdes (parágrafo único).

As malhas das rêdes serão medidas pela distância entre dois nós consecutivos do mesmo fio (art. 25). A rêde tinta será medida depois do terceiro banho e a rêde branca depois de permanência de 24 horas na água (parágrafo único).

III. TESOURO

§ 1.688. Conceito de tesouro

1. “THESAURUS”. Tesouro é a coisa de valor, achada em bem imóvel, ou móvel, há longo tempo oculta aí, de modo que não mais se pode pensar em relação jurídica de propriedade, por faltar o titular. A vetustez do tesouro *mais* a não--memória do momento de que provém, tais os elementos fácticos. Só há tesouro se a coisa é bem móvel, ainda que se trate de titulo de crédito. Não há, todavia, conceito que sirva, exatamente, a todos os sistemas jurídicos, conforme se verá ao tratarmos das soluções ao problema de técnica legislativa.

Segundo a concepção do antigo direito romano, o tesouro era acessão da propriedade do imóvel, sem haver posse (L.

3, *§* 3, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2: “Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse”). Há intervalo, sob o império, com algumas leis esporádicas, sob principio da fiscalidade do tesouro, salvo favores mais ou menos pessoais. A atribuição da metade ao inventor ou achador proveio de constituição de Adriano *(§* 39, 1., *de rerum divisione,* 2, 1):

“Inspirado na equidade natural, o divino Adriano concedeu aos que descobriram em lugar seu o que descobriram.

Igualmente estatuiu se alguém descobriu casualmente (fortuito casu) em lugar sacro ou religioso. Todavia, se alguém houver

encontrado em lugar alheio, não buscando-o mas fortuitamente (non data ad hoc opera, sed fortuitu), concedeu metade ao dono do solo. E convenientemente estatuíu ser, se alguém houver inventado em lugar de César, metade do inventor metade de César. Donde se segue ser, se alguém houver inventado em lugar público ou fiscal, metade dêle metade do fisco ou da cidade”.

Na L. 1, *§* 4, C., *de thesauris,* 10, 15, de Leão e Zeno (474), diz-se que, se alguém, arando ou de outra maneira cultivando a terra, ou por qualquer casualidade, não com empenho de buscar, houver achado tesouro em lugares alheios, “parta o que houver sido encontrado, retida a metade e dada a outra”.

Primeiramente, advirta-se em que a proibição de pesquisas e investigações (non studio perscrutandi) é Somente quanto a terras alheias. De modo que, se o dono permitisse a perscruta propositada, não haveria razão para se não partir o tesouro. Na L. 1, *§* 3, estatuiu-se que, se houve infração, o descobridor teria de ser compelido a entregar todo o tesouro ao dono dos lugares, além de sofrer pena.

2.NEGAÇÃO À AFIRMATIVA DE SE TRATAR DE TESOURO. Diz o art. 610: “Deixa de considerar-se tesouro o depósito achado, se alguém mostrar que lhe pertence”. Trata-se de objeção. Nega-se; e prova-se *(verbis* “se alguém mostrar”) que o achado tem dono, isto é, que não se trata de bem de que se não mais conhece o titular do direito de propriedade, ainda que se trate de coisa perdida. O objetante ou sabia onde estava o que se encontrou, ou não sabia.

Na última espécie, tem o achador a situação do art. 603, e não a do art. 607.

Para bem se interpretar o art. 610, é de mister que se remonte ao conceito de PAULO, na L. 31, *§* 1, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1: “Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat”. Não há de haver memória, de modo que não haja dono. Na apreciação da vetustez de que resulte crer-se em que já dono não haja pode errar-se. A proposição existencial, o enunciado de fato, que se lançou (“Trata-se de tesouro que achei”, “B achou tesouro no lugar tal”), passa a ser tida por *falsa.*

Em verdade não há presunção de ser tesouro: houve afirmação e dados probatórios. A alegação e a prova contrárias elidem a admissibilidade de se considerar tesouro o achado. O tesouro seria *nuilius.* PAULO diz: .... . síc enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit", assim, pois, faz-se de quem encontrou o que não é de outro. Se de outro fôsse, tal não aconteceria: se alguém esconde algo na terra, com fim de lucro, ou de mêdo, ou custódia, não há tesouro.

A vetustez afasta, com probabilidade, que haja proprietário. Não tem alcance a discussão entre os que sustentam dever não existir mais e os que apenas exigem que não seja descobrível *(e.* g., de um lado, P. BONFANTE, notas a E. WINDSCHEID, *Diritto delie Pandette,* VI, 356 s. ; contra, CARLO LONGO, *Corso di Diritto romano,* 218). Em verdade, o que importa *é* alegareprovar (cp. arts. 607e610). Se o proprietário aparece (art. 610), os enunciados de fato caem: não houve achamento de tesouro; não era *res nuilius* oque se descobrira e de que tomara posse o achador.

Falar-se de resolução ou de revogação é absurdo: a invenção de tesouro é ato-fato jurídico.

3.CLASSIFICAÇÃO DO FATO JURÍDICO DA INVENÇÃO DO

TESOURO. O descobrimento do tesouro é ato-fato jurídico. A tomada de posse também o é. Em consequência, uma vez que não há outro elemento, a mais, que torne ato jurídico (negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sen,su),* a soma, que é o fato jurídico de que resulta a aquisição da propriedade, êsse fato é ato-fato jurídico (Tomo II, *§§* 159, *in fine,* 210, 1, e 214). Donde se tira que o inventor pode ser absolutamente incapaz, como pode ser absolutamente incapaz o proprietário que adquire a metade. A atividade de outrem, por aquêle, ou por êsse, é segundo os princípios que regem a atividade alheia no tocante à aquisição da posse. Se alguém entrega o plantio de árvores a domésticos, ou a estranhos assalariados, ou a amadores, ou a amigos, e uma dessas pessoas ou algumas descobrem tesouro, a que o descobriu ou as que o descobriram têm a situação jurídica de inventor e adquire ela ou adquirem elas a metade. Se alguém encarrega outrem, ou grupo, ou clube, de investigações e serviços para descobrir tesouro, de que suspeita, ou para desenterrar antiguidades, o fim do serviço corta a possibilidade de ser a pessoa incumbida, ou o grupo, ou o clube, o inventor, no sentido do art. 607, ou do art. 608 ou do art. 609: inventor é o que contratou os. serviços para a descoberta, salvo se há sociedade com êle, ou se o que incumbiu se abstém de qualquer proveito econômico (cp.

Código Civil austríaco, *§* 401, 2a parte)..

4.TESOURO EM BEM IMÓVEL OU EM BEM MÓVEL. O

art. 607 diz: “O depósito antigo em moeda ou coisas preciosas, enterrado, ou oculto, de cujo dono não haja memória, se alguém casualmente o achar em prédio alheio, dividir-se-á por igual entre o proprietário dêste e o inventor”.

Alude-se, ai, a “prédio alheio”. Volve-se, no ad. 608, a falar de senhor do prédio, e, no art. 609, de “terreno aforado”.

Na L. 67, D., *de rei viiuiieatione,* 6, 1, procurou-se mostrar que os textos eram pelo tesouro em qualquer bem; mas não convence a leitura. Todavia, se o móvel tem dono, mas alguém nêle encontra o que não pode ter sido pôsto lá pelo dono e de quando data *non exstat memoria, ut iam dominum nou habeat,* há de considerar-se tesouro, e não coisa perdida. A opinião ficou assente (W. SELL, *Versuche,* 1, 3; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* j, □

9 a ed., 946, e

nota de TH. KIPP, 949; E. PAGENSTECHER, *Die rãmische Lehre vom Eigentu~n,* II, 89 s.; L. ARNDTS, *Lehrbuch,* 237; A.BRINZ, *Lehrbuch,* 1, *§* 148, 571; K. R. VON CzYHLARZ, em CHR. FR. VON GLÚCK, Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 213; sem razão: E. BÓCKING, *Pandekten, §* 150, nota 31; KARL SELL, *Rõmische Lehre des Eigentums,* 90). O fundamento para a transformação do direito romano, no tocante ao tesouro, fôra a *naturalis aequitas,* e seria absurdo que se não atendesse igualmente ao invento do tesouro pôsto em bens imóveis e ao invento do tesouro pôsto em bens móveis, o que K. R. VON CZYHLARZ acentuou (com êle, MUZIO

PAMPALONI, *I~ Concetto giuridieo dei Tesoro,* 176).

No Código Civil italiano, art. 932. alínea

□

2~a, 3 a parte, explicitou-se que a regra jurídica sôbre tesouro incide em caso de tesouro descoberto em coisa móvel.

Os argumentos contra a solução afirmativa esboroaram-se ante as críticas. Por exemplo: passando de mão em mão, os móveis levam consigo o tesouro, que pertence ao dono dos móveis; se o móvel está

no prédio (e necessàriamente está), o dono do prédio é que é dono (?),para se saber se lhe cabe a metade. As críticas mesmas nem sempre servem hoje; *e.* g., a ignorância do que se contém no móvel impede que haja, respeito ao tesouro, *animus possidendi* (não há poder fáctico, porque se trata de coisa que o sistema jurídico não considera parte, nem pertença).

5.TESOURO EM BENS PÚBLICOS. O tesouro pode estar em bem público, imóvel ou móvel, quer se trate de bem referido no art. 66, 1, quer no ad. 66, II, ou no ad. 66, III. No *§* 30, 1., *de rerum divi,sione,* 2, 1, como na L. 3, *§* 10

(CALISTRATO), D., *de jure fi*ei,* 49, 14, o inventor tem metade (a antinomia apontada por K. R. VON

CzYHLARZ, em CHB. FB. VON GLtICK, *Ausfukrliche ErUiuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 239 s., não tem importância para o direito brasileiro). No direito brasileiro, não há qualquer regra jurídica que pré-exclua a incidência dos arts. 607-610 em se tratando de tesouro em terras ou móveis do povo, ou nos bens públicos de uso especial, ou nos bens públicos dominicais. Acertadamente. O tesouro não é *pars fundi.* Nem, tão-

-pouco, parte do bem móvel em que se acha. Quem lá o pôs perdeu a propriedade, com a vetustez (não se confunda o problema com o do tesouro com bens móveis pertencentes ao Estado ou ao povo). Os princípios que regem o tesouro encontrado *data opera,* e não *fortuitu,* são os mesmos.

§ 1.689. Suporte fáctico do tesouro

1.DEPÓSITO OU ACANTONAMENTO DE BEM MÓVEL. Há de se tratar de bem móvel, ou de bens móveis, que foram por alguém, ou por determinação puramente física, ou própria *(e.* g., animal que fugiu para a furna, durante a calamidade), acantonados. Donde não ser elemento necessário o ato de *depositio.*

E‟ indiferente se o tesouro está em imóvel ou em móvel; êle é que tem de consistir em móvel ou em móveis.

2.OCULTAÇÃO E IMPERCEPTIBILIDADE. O tesouro é necessàriamente bem móvel que se não percebia. Se alguém descobre, têcnicamente, que a tela, que estava à parede, ou em canto da casa, é de pintor célebre, não encontra tesouro. A tela, vista pelo dono, ou por alguém da casa, que arrumava os móveis velhos, era e é propriedade de quem lá os pôs. Se quem os pôs, ou quem o pôs, se ausentou e de muito não se lhe têm noticias, seria o caso de arrecadação de bens de invenção de tesouro.ausentes, e não de O Código Civil, no art. 607, fala de bem móvel enterrado ou oculto. Não é preciso que alguém haja escondido,

se bem que os tesouros, quase sempre, provenham de épocas de guerra, ou de calamidades, ou de atos frustrativos de ladrões. O que importa é o estado em que se achava o bem móvel até que o descobrissem: a imperceptibilidade ordinária. Não se via, não se lhe sentia o cheiro, ou o gôsto, não se ouvia, não se tocava, não se revelava a algum aparelho técnico. Deve-se entender, portanto, que basta terem estado ocultos os objetos para que possam, não havendo memória do dono, ser tidos como tesouro.

Por outro lado, não é preciso que se trate de pluralidade de objetos. O tesouro pode constar de um só objeto.

Não importa quem escondeu o tesouro. Se do próprio tesouro, ou por informes de outra procedência, se sabe que foi ladrão que o ocultou, não deixa de ser tesouro o depósito

(F.ANDRÉ, *Die Lehre vom Schatz,* 14 s.). Pode dar-se que a coisa não tinha sido escondida, ou, pelo menos, que seja duvidoso: pode ter sido perdida, ou esquecida, não mais se podendo saber, pelo tempo, quem perdeu. Em todos êsses casos hão de incidir as regras jurídicas sôbre o tesouro (F. ANDRÉ, *Die Lehre vom Schatz,* 16 5.; K. R. VON

CzYHLARZ, em CHR. FR. VON *GLÚCK, Ausfiihrliche ErUtuterung der Pandecten,*. Série dos Livros 41 e 42, 210; sem razão: MUZIO PAMPALONI, *Ii Concetto giuridico dei Tesoro,* 127).

3.VETUSTEZ, ELEMENTO NECESSÁRIO NO CONCEITO DE TESOURO. A concepção romana de que a coisa que se acha e se reputa tesouro há de ter tido proprietário e alguém devera tê-la pôsto é concepção superada.

Cadáveres, esqueletos humanos e animais, resto~ de animais, elementos pré-históricos, hão de ser considerados tesouros, e o Código Civil não distinguiu. Em nenhuma das regras jurídicas que redigiu (arts. 607-610) aludiu à necessariedade de ter tido dono o tesouro. O que é preciso é que não tenha tido dono, ou, se o tem, dêle não haja memória. Se há a pessoa a quem pertence, de tesouro não se há de cogitar. O que é preciso é que não haja esperança de se poder saber quem é o proprietário. Se se pode afirmar que as moedas foram postas no esconderijo por C, que era, por êsse tempo, dono ou locatário do prédio, e C morreu há muitos 4 anos, sem deixar herdeiros, tem-se de levar em conta que a ação de petição de herança não surgiu e o Estado não mais pode arrecadar, com fundamento no ad.

1.603, V. ~ Há, na espécie, tesouro? E‟ ai que surge o problema de

construção. Não se saber de quem foi não é o mesmo que saber-se que não mais tem dono, embora se saiba que o teve e quem foi êle.

No Código Civil português, art. 423, deu-se ao tesouro a idade mínima de trinta anos. No Código Civil brasileiro, não se cogitou de tempo fixo. À noção de vetustez não inere a contagem de tempo, mas ao não ser mais na memória dos habitantes do lugar a procedência do achado: se muitos anos passaram e muitos foram os locatários do prédio, dos quais nenhum ou poucos sobrevivem, sem se saber qual dêles escondeu o tesouro, não há pensar-se em achamento de coisa perdida, nem em acessão ao imóvel. O devolvedor restituiu à sociedade humana o depósito que, por algum motivo, de que se abstrai se se conhece, ou dêle se pode suspeitar (guerra, invasão, perseguições, avareza, fraude à lei de sucessão), foi ocultado, O próprio Código Civil português, art. 423, tem o prazo de trinta anos como mínimo, permitindo que se elida a presunção de não ter dono o que de trinta anos passa.

Vetus, no texto romano da L. 31, *§* 1, D., *de ad quirend o rerum dominio,* 41, 1, refere-se á velhice relativa, e não à velhice absoluta. O que importa é não mais se ter memória do dono ("cuius non exstat memoria"): não se saber quem foi o dono é como não ter tido dono ("ut iam dominium non habeat").

~ Que é ter-se memória de alguém? Se no caixão em que se puseram as moedas há carta em que se diz que pertencem a A ou não mais se sabe quem foi A, ou se sabe quem foi e deixou herdeiros, ou não os deixou. Se A não deixou herdeiros, nem poderiam êsses, se existisser~i, propor a ação de petição de herança, não se tem de considerar o Estado, que sofreu a mesma prescrição. Mas, pergunta-se, estar prescrita a ação de petição de herança equivale a não se ter memória do dono, se, *ex kypothesi,* se sabe de quem *era* a coisa? Se nem os herdeiros nem o Estado podem propor a ação, por estar prescrita, nem por isso deixam de ser, por fôrça do art. 1.572, donos dos bens. Então, só a usucapião, e não a ocupação, o poderia tirar.

Quem depositou os bens que constituíram o tesouro não os derrelinqíliu. Nem o correr do prazo prescripcional lhe tirou o direito, ou a seus herdeiros, só lhe encobriu a eficácia da pretensão. Assim, se herdeiros há, não se poderia pensar em tesouro. E o Estado? O Estado é herdeiro que não falta; mas a lei abstraiu de qualquer direito hereditário do Estado se não se sabe quem foi o dono. De jeito que Somente resta a questão de se saber se, conhecido A, não se podendo identificar com os meios vulgares se não há *memória* dêle é de ter-se como tesouro o que se ache.

Houve momento em que se tentou considerar bem vacante o tesouro, a despeito da lição de DOMINGOS

ANTUNES PORTuGAL *(Tractatus de Donationibus,* III, Cap. 13, ns. 86 e 91) e JORGE DE CABEDO *(Decisiones,* II, d. 56). MELO FREIRE *(Institutiones,* III, 23) aventurou: "Thesaurus inter bona vacantia recte adnumeratur, et vel hac tantum de causa ad fiscum pertinet, .. ., neque praeterea novum est, quod omnia hero carentia fisco cedant, et hoc veluti gentium ius est". Aludiu êle a caso então recente em que a Rainha pagara ao inventor por alguns numismas romanos, imperiais, mas é de espantar que MELO FREIRE não houvesse percebido que o argumento seria contra éle, pois que a Rainha prestou o justo valor, segundo o próprio jurista informa: "Hunc aequitatem anno proxime anteacto sequuta fuit Augusta; nam numismata aurea Imperatorum Romanorum loco privato in Algarbiensi Regno casu inventa sibi vindicavit, illorum valore plus iusto inventori soluto".

Em lei de D. Dinis (Concordata Segunda), já se zurzia a influência da concepção alienígena (Espanha, França, Nápoles, Saxônia e Britânia): ". . .se achão alguns thesouros, que lhos toma, ainda que sejão achados em suas

~roprias herdades; e que por este respeito os trata mal, e rigorosamente. Responderão que nesta parte se guarde a lei, que fez El-Rey seu pai D. Affonso III, que tal he. Porque costume antigo era que hu quer que fosse achado thesouro em nosso Reino, todo era nosso: pero querendo fazer graça especial a nossos sojeitos estabelecemos que, se algum Thesouro em nosso Reino se achar, em seu agro, ou em sua herdade, escondido dos senhores, aquelle que o achar haja as duas partes, e nós a terça; assim se em nossa hecdade, ou em lugar publico de alguma herdade, ou villa,

~ nos rocios deila, thesouro for achado por qualquer, nós hajamos as duas partes delles, e a terça o achador. Item, que, se em herdade doutrem for achado, a terça parte seja nossa e a terça do senhor: pero que o achador não demande, nem procure contra a vontade do senhor na herdade alheia por alguma arte de encantamento, que em este o achador não deva levar nada. E, se fôr achado em alheia herdade, as duas partes deve haver o senhor della, e nós a terça: e, se o que o achar o negar, perca tudo". A lei de D.Dinis (sem data) foi inserta no livro de GABRIEL

PEREIRA DE CASTRO, *Tractatus de Manu Regia,* 1, 341 s., donde transcreVemos os trechos acima.

Se houve ocultação, por enterramento ou outro meio, de moeda ou coisa preciosa, e não mais há dono (enterrador ou ocultador), ou herdeiros, que possam reclamar, e passou muito tempo, nenhum direito tem o Estado. O direito, que D. Dinis se reconhecia, de receber o têrço era diferente e excluia o de receber o todo. Diferente, porque não era direito de tesouro, por ocupação. Excludente, porque não se compreenderia se existisse o direito aos bens vacantes.

A coisa em depósito deve ter estado impercebida por *tempus vetustius,* de jeito que *memoria nou exstat.* Não se determina quanto tempo deve ter estado ocultada, isto é, fora do tráfico jurídico. Práticos alemães do século XVII cogitaram de cem anos, o que se refletiu na legislação prussiana. Porém tais limites não estavam no direito romano, nem estão no sistema jurídico brasileiro. Por outro lado, é inoperante a falta de alusão a vetustez, que se nota no Código Civil francês, art. 716, e nos que o imitaram.

A certeza negativa ("cuius non exstat memoria") resulta das circunstâncias, tais como se observam ao tempo da descoberta do tesouro. Não se refere a falta de "memoria" ao tesouro, sim ao dono mesmo. Mas o dono pode ter sido apontado no próprio tesouro, como se as peças têm iniciais, pelas quais se verifica que pertenceram & pessoa de que se tem referência histórica, ou, pelo nome, se pode fixar em árvore genealógica. Tão-pouco deixa de ser tesouro o que se encontrou com a declaração "enterrado a 23 de abril de 1800", "guardado por A, antes de partir para a guerra, 1866": tal determinabilidade é acidental e não tira ao achado a qualidade de tesouro (K. R. VON CZYHLARZ, em CHE. FR. VON GLÚCK, *Ausfiil&rliche Erfriuterungen der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 211). Se não havia mais tempo para se chamarem os herdeiros, porque a posse note-se bem: a posse e a propriedade se perderam, não se poderia admitir que tesouro não fôsse.

4.BENS MÓVEIS PÚBLICOS. Resta saber-se se os arts. 607-609 são pré-excluidos pelos arts. 66, 1-11, e 67, isto é, se aos bens públicos que são inalienáveis pode ser perdida a propriedade com o fato de se tornarem tesour3, como se o funcionário público, obedecendo a ordens, ou lei, ou mota próprio, enterra os valores em ouro, devido a possível invasão,ou se alguém os furtou ou dêles se apropriou, indevidamente, e os escondeu. Não por serem inalienáveis, mas por serem inapropriáveis (cf. Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, ad. 2.0: "Os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos a usucapião"; Decreto-lei n. 9.760, de 5 dezembro de 1946, art. 200, só referente a imóveis), alguns pensam que escapam à perda

da propriedade pela ocultação vetusta os bens públicos (cf. 1K. R. vON CzYHLARZ, em CHR. FR. VON GLÚCK, 212); sem se distinguir quanto a serem da classe do art. 66, 1, ou da classe do art. 66, II, ou da classe do ad. 66, III. A regra jurídica do Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, ad. 2.0, a despeitO da redação, está inserta em estatuto sôbreimóveis (aforamentos) ; a regra jurídica do Decreto-Jei n. 9.760, de 5 de dezembro de 1946, Somente concerne à inusucapibilidade dos bens imóveis da União. A solução certa é a seguinte:

se não há memória do escondimeilto, não há pré-excluir-se da incidência dos arts. 607-609 o bem móvel que pertence à União, ao Estado~membro, ao Distrito Federal ou ao Município, mas o ad. 610 pode ser invocado se qualquer das entidadee públicas alega e prova que o bem lhe pertencia *e lhe pertence.* O ônus de provar que ainda lhe pertence é pesado, porque tem de preencher todo o tempo *desde que* desapareceu o bem.

~.PRECIOSIDADE DAS COISAS OU DA COISA. Um dos elementos do suporte fáctico do tesouro é o ser precioso o que se acha (art. 607, *verbis* "depósito antigo de moeda ou coisas preciosas *).* Alguns romanistas põem de lado êsse elemento, porém sem razão: coisas de nonada, ninharias, não são tesouro. O que é de ínfimo valor, e se acha, é de supor-se *nuilius* e apanhável, sem se precisar da figura jurídica do tesouro. Se o valor, ao tempo da ocultação, era baixo e se tornou alto, há tesouro. O que a criança escondeu, brincando, e não valia muito em 1780, pode, para a numismática, ter, hoje, grande valor. Se o valor era grande e se tornou ínfimo, já se não pode pensar em tesouro. O tempo pode mudar, com o valor, a classificação jurídica do depósito. o que importa é o valor ao tempo do achamento. Se, após êle, desapareceu ou apareceu a preciosidade, não tem qualquer repercussão na figura jurídica, que exaurgiu ao achar-se a coisa ou ao acharem-se as coisas.

§ 1.690. Construção jurídica do tesouro

1.PROBLEMA TÉCNICO-LEGISLATIVO DO CONCEITO DE TESOURO. O legislador, ao tratar do tesouro e diante da necessidade de determinar a quem pertence, ou a) concebe o direito a êle como declaratório de acessão ao imóvel, ou móvel, em que se ache, ou *b)* como ocupado pelo achador e pelo proprietário o achado, ou *c)* como ocupação pelo achador e criação de direito pessoal ao proprietário, ou

d) como achado de coisa pertencente a outrem, de que não se tem memória, e por isso perdeu a propriedade na data em que se achou, ou *e)* como ocupação pelo achador e acessão ao imóvel, ou *1) ius inventionis* e acessão.

2.SOLUÇÕES. No direito ático, o tesouro pertencia a quem o confiou à terra. Lei de Sólon dizia: "Se não fôste tu que depositaste, não tens o direito de o apanhar". Quem retirava o tesouro cometia furto. A pena era a de morte. O

dono seria Hécata, a divindade dos caminhos (PLATXO). *Occupatio,* ou *accessio* ou *jus inventoris* e *jus domini,* inconfundíveis com a *occupatio?*

No sentido de se tratar de espécie de ocupação foi a opinião dominante dos romanistas, porém acrescentava-se que ocupante era o descobridor, devendo prestar ao proprietário a metade. Portanto, a solução *c),* que foi sustentada por G. F. PUCHTA *(Pandekten,* 9~a ed., 230 s.). Contra isso, a favor da solução *1),* II. DERNBURG *(Pandekten,* 1, 7.~

ed., 482), para quem o proprietário se torna, imediatamente (aliás simultâneamente), dono da parte no tesouro, por acessão, tendo o inventor *ius iiiventionis,* e não direito oriundo de ocupação.

E" preciso bem se compreender a concepção romana. Separou-se o bem-tesouro do bem em que êle se acha. Antes, tal separação conceptual não se dava: o tesouro, uma vez escondido, inseria-se no prédio; e não há por onde aludir-se a acessão ao tempo do descobrimento a acessão era antes. O texto da L. 3, *§* 3, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, distingue propriedade e posse; só se discutia se o dono do terreno (e do tesouro> tinha a posse do tesouro. NERÂCIO e PRÓCULO diziam que não se pode adquirir com o só *animus,* isto é, sem preceder a *naturalis possessio.* Por isso, se sei que há tesouro depositado em meu prédio, possuo-o imediatamente desde que tenha a intenção de possuir ("continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero"): porque o ânimo impele o que falta à posse natural. Porém isso justificava o que queriam BRUTO e MANILIO (sôbre êles, a L. 2, *§*

39, D., *de origine iuris,* 1, 2): opinavam êles que o que adquiriu, por longa posse, o fundo, adquiriu também o tesouro que ignorava. Dai argumentar PAULO: O que não sabe não possui o tesouro; ainda que o soubesse, não o adquiriria por longa posse, porque sabe que é de outro. A concepção era a da acessão ao fundo, resultando para o dono

dêsse a propriedade, não a posse. Por isso mesmo, quem adquirisse a propriedade adquiria-a com o tesouro, porém não a posse do tesouro. Nem o que por longo tempo possuísse o fundo usucapiria o tesouro, se o ignorava, ou se sabia quem tinha a posse.

Tudo isso sofreu a mudança adrianina e a posterior concepção da posse, nos nossos dias, mais fundo veio alterar a solução técnica.

Para G. F. PUCHTA *(Pandekten,* 231 > e E. BÕCKING *(Pandekten, §* 150, nota 35), o proprietário sêmente teria ação pessoal contra o achador. Para W. SELL *(Versuche,* 1, *§* 4), TH. GIM MERTEAL (Ober den Eigentumserwerb am Schatze, *Archiv fiLr die civilistiache Praxis,* 51, 71 5.), C. G. VON WÃCHTER *(Pandekten,* II, 136), H.

DERNBURG *(Pandekten,* 1, 7□B ed., 481 s.), B. WINDSCHEID *(Lehrbuch, ~*, 9.~ ed., 946) e K. R. VON CZYHLARZ (em CHR. FR. GLUCK, 219 s.), o proprietário recebe a propriedade do tesouro.

A aquisição da propriedade pelo inventor e pelo proprietário é imediata à posse por aquêle.

Surpreendia a alguns juristas que se visse aquisição por ocupação da parte do proprietário se achado *in alieno* o tesouro.

~ Como, perguntava-se, se os textos só aludem à invenção e à propriedade do fundo? Sim; mas os dois fatos apenas servem à caracterização da espécie e à discriminação do quanto adquirido. Tanto se o tesouro foi achado *in suo* quanto se foi achado *in alieno,* a situação quanto à propriedade é a mesma: metade é do inventor, metade é do proprietário. Por isso, o marido que encontrou no bem dotal o tesouro teria de restituir a metade (L. 7, *§* 12, D., *soluto matrimonio dos quernadmodum petatur,* 24, 3).

A explicação pela *accessio* fêz feição a muitos juristas, desde muito *(e. g.,* G. F. WALCH, *Introductio in controversias juris civilis,* 126; CHR. H. G. KÓCHY, *Civilistiache Erôrterungen,* 203).

E.PAGENSTECHER *(Die rômiache Lehre vom Eigentum,* II, 82 s.) não via no achado de tesouro ocupação, mas algo. como a ocupação, devendo, por analogia, regular-se pelos mesmos princípios.

Quanto à acessão como modo de aquisição em que entraria o tesouro, bem argumentou Tu. GIMMERTHAL (tYber den Eigentumserwerb am Schatze, *Archiv fiLr die civilistiache Praxis,* 51, 72 s.) que, se de acessão se tratasse, o dono do prédio teria direito a todo o tesouro e o premio seria sônxente obrigação imposta por lei. Mas apegou-se aos textos em

que se alude a *donum fortunae, beneficium dei,* para a explicação. da aquisição.

De ocupação é que se trata, no Código Civil brasileiro e no direito ao tempo de Adriano. Tem-se o tesouro por *nuílius,* devido à vetustez. Ou o inventor receberia tudo, ou tudo receberia o proprietário do fundo, porque o inventor obraria para êle. Atenuou-se o dilema, por *naturalis aequitas.*

Por vêzes se exagerou a importância do fato de estar enterrado ou oculto no prédio o tesouro. Não é como proprietário. que o dono do prédio tem direito à metade; é por ter-se encontrado no prédio, que é seu, o tesouro, e ser de equidade que algo receba, ou, em vez de eqúidade, como vantagem pela permissão ou, pelo menos, não oposição à entrada que deu ensejo ao achamento. Pela sucessão, ou pelo sofrimento, não; porque só se cogita do dono atual.

3. SOLUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL, ARTS. 607-610. O proprietário tem direito de propriedade desde o instante em que se descobre. Os textos eram claros. Duas vêzes está no *§* 39, 1., *de rerum divisione,* 2, 1: "dimidium domino soli concessit", "dimidium Caesaris esse" (cf. L. 63, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1; L. 3, *§* 10, D., *de jure fisci,* 49, 14: "dimidiam partem fisco vindicari"). Tal direito não era resultante de acessão, exatamente porque se mudara de concepção. Se a acessão fôsse a figura, não se "concederia" ao dono, a acessão já se teria dado. Êsse ponto é da máxima importância.

§§ 1.688-1.692. TESOURO

Quanto ao direito do inventor, Somente se explicaria por se ter permitido ocupar o que não era do proprietário do fundo *(ex hypothesi,* a outrem se atribuiria o ter sido dono) e pois se tinha, devido à imemorialidade da relação jurídica, tornado *nuílius* o tesouro. A suposição de aquisição por lei, por se ter "concedido" *ius inventioflis,* de certo modo foge ao problema. o *§* 39, 1., *de reruvn, divisione,* 2, 1, diz: "dimidiuni inventoris esse"; a L. 31, *§* 1, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1: 4"fit eius qui invenerit"; a L. 63, *§* 1: "inventori cedit".

O Código Civil pôs os arts. 607-610 na Seção 1, que se rotula "Da ocupação".

Não há, portanto, razão para maiores discussões. História e doutrina estão acordes; a lei acolheu-as.

Feitas as considerações que aí ficam, convém que nos debrucemos sôbre o caminho percorrido, para fixarmos o que se tem por assente.

a)Precisemos o que acontece com a invenção do tesouro:

(A)O que nunca teve dono é *res nuílius*. <B) O que teve dono e não tem mais, porque o dono perdeu, sem ato divestitivo, a propriedade, sem que outrem a adquirisse, é *res nuílius: a)* quer se houve ocultação, *b)* quer se houve fato que se equipara à ocultação, *c)* quer se não cabe pensar-se em a) ou em *b)*.

(O) O de que o dono perdeu a propriedade por ato jurídico divestitivo, sem que outrem já tenha adquirido a propriedade, é *res derelicta* e, pois, *res nuílius*. O que teve dono e não tem ~mais e não foi derrelicto nem outrem adquiriu a propriedade, ou foi ocultado, pelo dono, ou por terceiro, ou pelas circunstâncias, ou foi tornado *res nuílius* por fôrça de lei. Salvo iia última espécie, há tesouro, se se põem no conceito os achados de antiguidades, ou, pelo menos, os achados em antigos sarcófagos e mausoléus.

b)A vetustez indicia a adespotia, tem-se a coisa como *nuílius,* agora apropriada por ocupação. O inventor ocupa e a sua posse é própria, quanto à metade, e imprópria, quanto a outra metade, se o bem em que achou o tesouro,. não é seu. Se é seu, toma posse própria das duas metades.

a)Coisas com Coisas com donos, que **tem** nos, que podem a posse e não ter, ou não, a „perderam a posse, mas que coisa" (coisas "perderam a não perdidas). coisas" (coisas perdidas).

b>Coisas com donos, que perderam a posse (esbulho. abandono da posse, etc.).

b)Coisas na situação B. por *fato* equiparado à ocultação.

c)Coisas na situação B. sem cabera) ou b). Quanto aos bens móveis de valor arqueológico, histórico, científico, ou artístico, o problema técnico-legislativo ou tem *a)* a solução que se dê ao tesouro, considerando-se como tal, ou *b)* se há de pensar, como OTTO VON GIERKE *(Der Entwurf,* 348), em direito público à aquisição, ou direito a ser regulado pelo. direito público, ou *c),* como O. BÁHR *(Gegenentwurf, §* 917, alínea 2.~), em direito real de preempção, ou *d)* em simples desapropriabilidade por interesse social.

O depósito há de estar "enterrado ou oculto", para que alguem o ache". Não é preciso que o dono o haja ocultado. A ocultação pode provir dêle, ou de outrem, ou das circunstâncias; ou não ter havido intuito de ocultação, ter-se dado o. enterramento sem qualquer ato humano.

A razão para se incluírem no rol dos tesouros os objetos que se encontram em tumbas, sepulcros, ou mausoléus, seria para as peças muito antigas a de não pertencerem aos herdeiros, mas ao próprio morto, segundo a concepção então vigente (H. BRUNNER, Der Todtenteil im germanischeu Rechte, *Zeitschr-Lft der Savign"y-Stiftung,* Parte germânica, 19, 107 5.), ou pertencerem aos herdeiros e, pois, não serem derrelictas (J.BIERMANN, *Das Sachenrecht,* nota 1 ao *§* 984). A F. REGELSBERGER *(Pandekten,* 1, 414) pareceu que tais coisas foram derrelinquidas pelos herdeiros ou encarregados da inumação (contra, E. 1. BEKKER, *System,* 1, 331).

§ 1.691. Ato de invenção como suporte fáctico

1.ATO DE ACHADA DO TESOURO. O ato de descobrir não precisa ter sido intencional, nem material. Tanto descobre o que, abrindo a parede, viu, quanto o que, ao passar pela casa, ao rachar-se o muro, percebeu o cofre de jóias. Não se exige qualquer *fazer humano* (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 266; sem razão, F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* 575, nota 7).

A tomada de posse completa o suporte fáctico do achamento do tesouro. A teoria da posse, que se erigiu no Código Civil brasileiro, facilita as soluções práticas como as teóricas. O que se há de exigir, a mais do que o ver, ouvir, cheirar, experimentar com a bôca, ou pegar, ou ser indicado em aparelho científico preciso, é a tomada de posse, mas essa, no sistema jurídico brasileiro, abstrai do *animus* e do *corpus.*

2.POSSE E OCUPAÇÃO. Não basta que alguém descubra o tesouro, é preciso que o "ache". O Código Civil brasileiro não empregou o verbo "descobrir", mas o verbo "achar", para significar que é preciso descobrir-se (=encontrar-se) e tomar-se posse (art. 607, *verbis* "se alguém casualmente o achar art. 610, *verbis* "o depósito achado").

O Código Civil brasileiro, como o 1 Projeto de Código Civil alemão, *§* 928, fundou na ocupação a aquisição da propriedade pelo descobrimento do tesouro, tanto para o achador quanto. para o proprietário. Porém ~ como se há de construir a ocupação por êsse?

No momento em que o descobridor restitui à vida social o tesouro a restituição aproveita a êle, que o descobriu, e ao proprietário do bem em que se achava, porque êsse, pela proximidade, se beneficiou, *ainda no plano dos fatos.* O

que se revela à vida social nas terras de A cai sob a posse de A, pela situação e por fôrça de lei (cp. art. 1.572).

Quem descobre em terras alheias toma posse imediata e faz possuidor imediato o proprietário. Não há pluralidade de posses imediatas, de modo que a figura, que se impõe, é a da composse.

O ato de posse é necessário. Já antes da L. unica, C., *de thesauris,* 10, 15, se distinguiam o descobrir e o *invenire,* pressupondo-se a *corporais possessio.* O que se podia discutir era quando se consumava a tomada da posse~ K. R.

VON CZYHLARZ (em CHR. FR. VON GLÚCK, *Ausfiihrliche Erlãuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 231) foi decisivo: -.já *achou* aquêle que, embora sem propósito de apropriação, mas fàcticamente ("thatsãchlich") apanhou a coisa por êle descoberta. Quem agarra as peças do tesouro, que acredita coisa perdida, para guardá-la para o desconhecido proprietário, igualmente quem, sem conhecer o direito que tem sôbre elas, as leva ao síndico, não tem intenção de apropriação, mas, com isso, lhes há adquirido a propriedade". O jurista passa a exigir a tomada material da posse, não se satisfazendo com a aposição de ~sinais (cf. E. PAGENSTECHER, *Die rõmische Lehre vom Eigentum,* II, 87, nota 2). Não se havia, na teoria da posse, abstraído do *corpus.* Quanto ao elemento *animus,* de que também abstraiu o Código Civil brasileiro, a posse, sem ter o possuidor do tesouro manifestado a intenção de se apropriar (posse própria), oferecia dificuldades à doutrina. Todavia, havia o símile do que se apossava da *res nuilius* como se fôsse coisa perdida e lhe adquiria a propriedade.

A ocupação ressalta; com algo de específico, é certo, mas sem se sair da classe. A tomada de posse pelo inventor tem tal eficácia que, nos casos de *in alienum inventum,* o proprietário adquire a propriedade do tesouro, „quer saiba quer não saiba da invenção.

No sistema jurídico brasileiro tem-se de atender à teoria da posse, que êle construiu.

Os juristas que dispensam a posse, só exigindo a comunicação, ou são vítimas da retardada teoria da posse, que têm de observar, ou não

percebem, na comunicação, que se traz, com ela, ao tráfico jurídico a coisa oculta, e se afirma posse do inventor. Se alguém descobre e depois deixa lá a coisa ou as coisas, sem entrega à ambiência jurídica, é preciso que se não dê à posse transitória, ou, *a fortiori,* ao descobrimento não seguido de posse, valor essencial; porque a posse só se passa no mundo fáctico *e,* se não alterou o mundo jurídico, nêle não entrou. A posse sabida de todos, ou do proprietário, ou testemunhada, entra no mundo jurídico e qualquer abandono posterior não restitui à ocultação o que deixou de ser oculto.

3.PERMISSÃO DE PESQUISA "IN SUO" E "IN ALIENO". A pesquisa no próprio bem é permitida. O proprietário usa a propriedade como quer. No fundo ou no bem móvel de outrem, não é permitido, em principio. Se há infração, não incide o art. 607: o inventor não adquire a metade. Se o proprietário permitiu a pesqúisa, o que não se confunde com o "mandar pesquisar", ou o "ordenar a pesquisa", é de discutir-se se tem eficácia real, ou se só tem pessoal.

Quanto àquela, a opinião de K. R. VON CZYHLARZ (em CHR. FR. VON GLUCK, *Ausfizhrliche Erlãuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 218 s.) era radical; idem, quanto a essa. Contra, F.ANDRÉ *(Die Lehre vom Schatz,* 26), que admitia as duas

eficácias.

A referência à casualidade não implica ser *iuris publici* a regra jurídica do art. 607; implica ser atinente a só se dar a aquisição se não foi contra a vontade do proprietário (cogência). Se o proprietário permitiu a pesquisa, o inventor tem a metade. Se aquêle a proibiu, êsse nenhum direito tem. O negócio jurídico que altera a divisão por metade é sem eficácia real; só tem eficácia pessoal.

O art - 608 resolveu o problema da pesquisa ordenada pelo proprietário: "Se o que achar fôr o dono do prédio, algum operário seu, mandado em pesquisa, ou terceiro não autorizado pelo dono do prédio, a êste pertencerá por inteiro o tesouro

Também se pode dar que o comprador e vendedor de móveis antigos tenha por hábito examinar as peças compradas, para verificar se há algo oculto, de valor, e incumba disso algum ou alguns empregados, ou estranho, a incumbência especifica pré-exclui a invenção pelo que examinou e achou. *Aliter,* se o empregado está entregando cama ao freguês, que já comprou ou ainda não comprou, mas, notando que algo faz ruído, torce a cabeça de uma das colunas e lá descobre moedas de ouro. Ésse inventou tesouro: metade é dêle; metade é do

dono, o freguês que já adquiriu a cama (questão estranha ao assunto), ou o dono da loja de antiguidades, que ainda o é da cama.

§ 1.692. Relação jurídica de propriedade e aquisição do tesouro
1.PROPRIEDADE DO TESOURO. O tesouro, no momento. em que alguém o acha, é compropriedade do achador e do. proprietário do bem em que foi achado. A aquisição da propriedade pelo proprietário do bem em que se achou o tesouro é, por fôrça de lei, eficácia da ocupação pelo achador. Mas~ ocupa-o êle como compossuidor imediato próprio e compossuídor imediato impróprio, ou como compossuidor, ao lado do proprietário, possuidor mediato próprio e imediato próprio, pela entrada da coisa na sua esfera fáctica e jurídica? A primeira solução é a mais científica, em sistema jurídico que tem a teoria da posse do Código Civil brasileiro. Se o achador toma posse própria, em vez de Somente composse, esbulha; se elide a composse, para ter tôda a propriedade, furta.

Se o tesouro foi achado em bem comum, a metade, que tocaria ao proprietário, se fôsse um só, divide-se pelos condôminos; se há comunhão *pro diviso,* pelos comuneiros, se foi descoberto em parte comum, ou na proporção das partes ocupadas, nas partes divisas, pelo tesouro.

O direito do proprietário não está contido em seu direito. de propriedade. O tesouro não é parte do bem em que se encontra, nem passa a ser parte. Trata-se de direito que não é parte da propriedade, como seria o direito de caça ou de pesca. lesses são anteriores à ocupação pela apanha do animal ou do peixe. Aquêle só existe no momento em que alguém, o proprietário. ou outrem, descobre o tesouro. Não há pensar-se em invocação dos arts. 43, 1, ou 43, II, 68, 61, 510-513.

~ E‟ possível, negocialmente, adotar-se outra divisão entre o descobridor e o proprietário? Negativamente responde G. PLANCK *(Kommentar,* III, 470). E com razão.

2.TESOURO ACHADO POR ALGUM CONDÓMINO OU POR ALGUM COMUNEIRO DE APARTAMENTOS.

Se foi o condômino que na coisa comum achou o tesouro, tem êle metade do tesouro, *iure inventoris,* e a quota condominical na outra metade, *iure dominii.* Se foi estranho quem achou, a metade é do

achador, e a outra metade vai, por quotas, aos condôminos, tal como era o condomínio ao tempo da achada.

Se há comunhão *pro diviso,* como ocorre com os edifícios de apartamentos, o que foi inventado em parte comum trata-se como acima se disse a respeito do condomínio, o que foi encontrado em parte divisa nada tem com a comunhão. A comunhão Somente de uso não tem qualquer relevância.

Se o tesouro estava parte em lugar comum e parte em lugar não-comum, há comunhão *pro indiviso* do tesouro segundo o tamanho do lugar ocupado, ou, por quotas iguais, em caso de dúvida.

3.TESOURO ACHADO EM PRÉDIOS CONFINANTES. A metade do tesouro que estava *in confinio,* e de que não se possa determinar a situação das peças que o compõem, ou que consista em coisa indivisível, pertence, segundo os princípios, aos donos dos prédios em que o tesouro se achou. J - A. LEYSER *(Meditationes ad Pandectas,* n. 442, c.

3) falara da estátua de mármore situada em dois prédios. Aí, a peça é indivisível, e não há outra solução que a comunhão *por indiviso.* Se o lugar em cada prédio é determinável, as quotas no tesouro são segundo as medidas. Se o lugar em cada prédio não é determinável, as quotas são iguais (cf. art. 639) - A opinião que faz sempre iguais as quotas não se ajusta ao direito brasileiro; a despeito da inserção no Preussisches Alígemeines Landrecht, IX, *§§* 91 e 92, e da sustentação de K. R. VON CZYHLARZ (em CHR. ER. VON GLUCK, *Ausfiihrliche ErUiuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 237), devemos repeli-la. Incide o art. 682 (cf. L. 8, *in tine,* D., *communi dividundo,* 10, 3).

4.TESOURO ACHADO POR POSSUIDOR IMPRÓPRIO. Se o tesouro é achado por possuidor impróprio, seja mediato seja imediato, como o usufrutário, o credor pignoraticio, o depositário, o administrador e o locatário, tudo se passa como se fôsse não-possuidor que houvesse descoberto. Se o tesouro foi achado em lugar escapo à posse e para acesso ao qual se precisasse de permissão de pesquisa, a invenção sem permissão dá ensejo à incidência do art - 608.

Quanto ao credor hipotecário, não há a questão que se levanta e resolve na L. 63, *§* 4, D., *de adquirendo rerum domínio,* 41, 1. Somente

após a adjudicação é que pode êle ser tido por proprietário.

O enfiteuta era pré-excluído, *(a)* a despeito de lho atribuir glosa *dominium utile.* Tal fôra a opinião de PLACENTINO (cf. E. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius,* 217), contra a glosa à L. unica, C., *de thesauris,* 10, 15. Admitido *(b)* que o enfiteuta houvesse direito, ter-se-ia de resolver segunda questão:

~teria *a*> o proprietário direito a alguma quota, ou b) em lugar dêle ficaria o enfiteuta? Com *(b), a),* o Código Civil austríaco, *§§* 399, 1.143 e 1.147, na esteira da equidade; com *(b), b),* a glosa e o Preussisches Alígemeines Landrecht, IX, *§.§* 94 e 98. As razões para se preferir *(b), b),* têm sido o não terem direto proprietário e proprietário útil a mesma situação e não se compreender que duas pessoas hajam o mesmo (?) direito *(e. g.,* K. R. VON

CZYHLARZ, *Ausf*"*Uhrliche Erlãuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 235). O Código Civil brasileiro, art. 609, ficou com *(b), b):* "Deparando-se em terreno aforado, partir-se-á igualmente entre o inventor e o enfiteuta, ou será dêste por inteiro, quando êle mesmo seja o inventor"~.

A boa fé não exerce qualquer papel no tocante à aquisição do tesouro. O possuidor *bonae lidei* que encontrou o tesouro é inventor. Se outrem o encontrou no terreno possuído de boa fé e entregou metade ao possuidor de boa fé, crendo-o proprietário, pode êsse reivindicá-lo, se reivindica o prédio e há os pressupostos, ou propor a ação de posse, quanto ao prédio e ao tesouro, porque teve êle, pela posse do inventor, propriedade e posse do tesouro. Não precisa de imissão na posse; tem-na. Se o tesouro foi encontrado depois da litispendência, a reivindicação do fundo pode ser estendida a êle, sem infração do art. 181 do Código de Processo Civil (cf. L. 17, *§* 1, L. 18-20 e L. 34, D., *de rei vindicatione,* 6, 1).

5.SITUAÇÃO JURÍDICA ENTRE O ENCONTRO E A POSSE. Se alguém descobre tesouro e dêle não toma posse, nenhum direito lhe advém dai: se outrem lhe furta os papéis em que tomou nota da posição, as ações que tem o que descobriu sem. tomar posse são a de furto e a de indenização. A separação do descobrimento e da posse não é Somente pouco provável, é contra os princípios. MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 273), com a acolhida de O.

WARNEYER *(Kommentar,* II, 194), vê ao proprietário e ao descobridor direito de expectativa de propriedade (Eigentumsanwartschaftsrecht)

entre descobrir e tomar posse, direito alienável e transmissível por herança. Sem razão:

o direito que tem o inventor do tesouro ou o proprietário, antes da tomada de posse (cisão que no sistema jurídico brasileiro, com teoria da posse que abstrai do *animus* e do *cor pus,* é extremamente difícil acontecer), é o direito ao segrêdo, direito que pode nascer a outrem que também descubra. Quem descobre e toma posse é que tem direito ao tesouro, mas direito de propriedade, e não direito expectativo à propriedade. Antes da tomada de posse, o proprietário e o descobridor Somente estão na situação de quem tem segrêdo, que pode vender (venda de segrêdo, como bem móvel). Aliás, essa suposição de proprietário que descobriu e não tomou posse é estranha. O ato de levantar a pedra e ver o tesouro, ou de perfurar a parede até aparecer o cofre, ou de desmontar a mesa e ver a caixa com pedras preciosas embutida no fôrro, é ato a que se segue, com a mais alta probabilidade, o poder fáctico, que é a posse. Se o inventor do tesouro comunicou ao dono do prédio ou do móvel ter encontrado o que êle reputa tesouro, comunicou posse. Bem assim, se comunicou a algum possuidor não-próprio, ou ao servidor da posse. O dono do prédio ou do móvel em que foi achado adquire a propriedade no momento mesmo em que a adquire o inventor do tesouro. Se êsse, no momento de adquirir o tesouro, se apossa dêle, sem se considerar, portanto, compossuidor, esbulha posse do proprietário do imóvel ou do móvel em que foi encontrado.

6.SE FOI O PROPRIETARIO DO PRÉDIO OU DO MÓVEL EM QUE ESTAVA O TESOURO OU ALGUÉM A SEU SERVIÇO ESPECÍFICO QUE DESCOBRIU. Os arts. 608 e 609 figuram a espécie ~em que o proprietário ou o enfiteuta, ou alguém a serviço específico (“mandado em pesquisa”), foi o inventor. Aí, inventor e proprietário são a mesma pessoa: as duas metades juntam-se. Não se deve interpretar que inventor não houve; houve-o: apenas coincide serem a mesma pessoa. Os arts. 608 e 609 contêm regras jurídicas a que se chegaria, por interpretação da lei, ainda que não estivessem escritas - O proprietário recebe o todo. porque recebe as duas metades. Ao tomar posse toma posse como inventor e como proprietário, sem se precisar da figura da posse tomada pelo inventor, por êle. As duas metades são.possuidas em posse própria. Pode acontecer que o prédio ou o móvel esteja alugado e seja o proprietário o inventor; tem-se de atender ao que fàcticamente e juridicamente se passa: *a)* o proprietário descobre o tesouro e, tomando posse dêsse, toma posse imediata, própria, de todo êle; b) o locatário não tinha nem tem posse do tesouro. Se fôsse terceiro o inventor, dar-se-ia o mesmo: o inventor tomaria posse

imediata própria da metade e posse imediata não-própria, sendo o locador-proprietário possuidor mediato próprio.

A evolução da técnica, a respeito dos modos de adquirir a propriedade, assim imobiliária como mobiliária, foi no sentido de se desbastar de diferenças históricas ou ocasionais a disciplina (para o estudo das *res mancipi* e das *res nec mancipi,* os trabalhos de i. L. CONRÃní, contra o qual se insurgiram G. MEERMANN, TRECKELL e, principalmente, G. HuGo, *Lehrbuck der Rechtsgeschichte,* íl.a ed., 196 s., 526 s., 922 s.; cp. E. GANS, *Scholien zum Gaius,* 234, M. MANHAYN, *tJber den Ursprung und die Bedeutung der* res mancipi und nec Inancipi, 26, FR. BALtHORN-ROSEN, *tYber* dominium, 124; ISAAC STERN, *Der Unterschied zwischen civilen und naturalen Eigentkumserwerbsarten,* 5 s.). Não foi possível chegar-se àunificação ainda entre imóveis e móveis e a propósito dos próprios modos originários de adquirir. A ocupação, que B. W. LEIST

(Civilistische Studien, 103, nota 8) caracterizou como produto da fôrça de trabalho e de aquisição do homem, não foi admitida, no direito brasileiro, como meio de adquirir a propriedade imobiliária.

CAPÍTULO III

USUCAPIÃO

§ 1.693. Aquisição da propriedade mobiliária por usucapião

1.Mono DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. Pela usucapião não se adquire de alguém. Pela usucapião de móveis adquire-se a despeito de outrem ser o dono, e a aquisição é *originária.* Pode-se usucapir imóvel *nuilius;* os bens móveis *nuilius,* que foram possuidos com posse própria, já pertencem ao possuidor, de modo que seria sem sentido a alegação ou a ação de usucapião: seria alegar ter usucapido a coisa própria - No que se refere aos bens que ainda têm dono, o prazo para usucapião corre até que se complete. Completando-se, nasce o direito do usucapiente e desaparece o direito do que até êsse momento foi dono. A coexistência é impossível. Não há sucessão, nem um direito nasce do outro. Um direito vem após outro, sem continuidade. Temporalmente, um começa onde o outro acaba, exatamente porque aquêle nasceu (B. WINDSCHEID, *Leh,rbuch,* 1, 9.~ ed., 913; O. VON GIERKE, *Deutscl&es Privatreckt,* 1, 279, nota 2, e K. R. VON CZYHLARZ, em CHR. FR. VON

GLÚCK, *Ausfiihrliche Erlãuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 24 s.).

A concepção da usucapião como originária não se atenua com a persistência dos direitos sôbre a coisa móvel, notadamente títulos ao portador e títulos cambiários e cambiariformes, que não tenham sido constituídos pelo usucapiente ou pela pessoa de que êle teria havido o direito de propriedade (cp.G.PLANCK, *Kommentar,* III, 393).

O usucapiente adquire o direito de propriedade, sem qualquer restrição, se cria que nenhum direito a gravava (cf. o.

WARNEYER, *Kommentar,* II, 171). Os direitos que estão ligados ou derivam do direito de propriedade, como o direito antes da apresentação e o crédito que resulta da apresentação do título ao portador ou dos títulos cambiários e cambiariformes, são adquiridos pelo usucapiente, sem que isso possa servir a qualquer construção da aquisição por usucapião como derivativa, ou quase-derivativa. Há a situação que se desenha nas aquisições *a non domino,* a despeito das descabidas distinções que pretendeu existissem K. HELLWIG *(Wesen und sub jektive Begrenzung der RecI&tskraft,* 277 5.; *Lehrbuch des Zivilprozessreckts,* 1, 274).

2.AS DUAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS. Devido a não têrmos a regra geral *En fait de meubles, possession vaut titre,* há grande importância no direito brasileiro a usucapião.

O sistema jurídico brasileiro mantém as duas espécies de usucapião: a em que se exige a boa fé e a em que não se exige. Pressuposto comum é a posse em nome próprio ou posse propria, seja mediata, seja imediata. Não há presunção de que seja possuídor próprio quem quer que possua.

A usucapião de títulos ao portador pode ocorrer, principalmente, nos casos de aquisição a incapazes, ou a pessoas sem poder de disposição, ou- de coisas perdidas ou furtadas.

A usucapião de títulos cambiários e cambiariformes tem menor importância do que a das outras coisas móveis, inclusive a dos títulos ao portador vulgares. Porém existe o instituto. *E.* g., no caso de alienação por incapazes, ou por pessoas a que falte poder de disposição, ou de posse por pessoas que não estavam, ao adquiri-la, de boa fé.

3.BENS MÓVEIS QUE NÃO SE PODEM USUCAPIR. No direito comum, tinham-se por inusucapíveis as *res furtivae* e as *res m possessae,* bem como as coisas do fisco. Respeito às duas primeiras espécies, não há mais a vedação de usucapião. Também não podiam ser usucapidas as coisas pertencentes a incapazes, problema a que o Código Civil, nos arts. 619, parágrafo único, 553 e 169, 1, deu, no tocante a absolutamente incapazes, a solução de não correr, durante a incapacidade absoluta, o prazo usucapitivo.~

O princípio, excepcional, de que os bens públicos, qualquer que seja a classe dêles (art. 66, 1-111), são inusucapíveis, embora inserto em lei sôbre bens imóveis, apanha imóveis e móveis (cp. Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2.0). *Aliter,* se houve ato de lei ou do Poder Executivo, fundado. em lei, que permitiu a alienação e o defeito foi apenas de forma do negócio jurídico, ou se é de interpretar-se levantada, a respeito do bem, a inalienabilidade. Se, por exemplo, a coisa é destinada ao comércio, ou se se trata de título da dívida pública, ou de título cambiário ou cambiariforme, porque então é de entender-se que houve exceção ao principio especial de não-usucapibilidade. Pode-se usucapir o título ao portador subscrito pelo Estado, ou subscrito por outrem, mas de que era possuidor o. Estado, o titulo endossável subscrito ou endossado pelo Estado, os próprios títulos nominativos de que se poderia pedir, durante o prazo para usucapião, decretação de nulidade, anulabilidade ou ineficácia.

No direito brasileiro, é sem qualquer repercussão, no que concerne à usucapião, ignorar-se, ou não, o destino objetivo ou o de uso do bem público (cf. J. BIERMANN, *Die õffentlichen~ Sachen,* 40 s.), como crer-se de uso privado o que é de uso. comum do povo, ou de uso especial do Estado, ou pertencer dominicalmente ao Estado o que é do povo, ou do Estado como tal.

A usucapião pode dar-se quanto a coisas que não poderiam, por proibição, ser ocupadas, como o animal que se não poderia caçar, ou o peixe que se não poderia pescar (cf. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 218; sem razão, W. VON

BRONNECK, Das. Recht der Jagdaustibung in seiner Eigenschaft u. Bedeutung wie in seinem Verháltnisse zum Jagdrechte, *Gr-Uchots Beitrdge* >

57, 384).

4.USUCAPIÃO E “CONDICTIO”. A usucapião opera-se sem que possa o

perdente do direito de propriedade ter ação de enriquecimento injustificado (G. PLANCK, *Komment ar,* III, 396; sem razão, E. STROHAL, Bemerkung zum Entwurf eines BGB., *Jherings Jahrbucher,* 34, 365). Aquêles juristas que pretenderam distinguir a aquisição da coisa por usucapião, que se operou por posse própria havida com causa, e a aquisição, se a posse foi havida sem causa, deslocam o problema:

não foi a usucapião que enriqueceu o perdente; foi o negócio jurídico entre as duas pessoas. Quanto à ação de enriquecimento injustificado que MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 222) admitia contra o terceiro que usucapiu a coisa furtada, temos de negá-la. No direito brasileiro seria absurda tal *condictio.*

§ 1.694. Pressupostos comuns às duas espécies de usucapião

1.COISA USUCAPIVEL, POSSE PRÓPRIA E TEMPO. Para que se dê usucapião é preciso que a coisa possa ser usucapida, que a posse seja própria, e corra o tempo, que é de três ou cinco anos (comum o *tempus,* diferente a quantidade de tempo).

2.“RES HABILIS”. Já falámos do requisito da usucapibilidade. Não há diferença, quanto ao objeto, entre a usucapião por longo tempo e a usucapião por tempo breve.

3.POSSE PRÓPRIA. Elemento comum às duas espécies de usucapião é a posse própria. A posse própria é a que teria o proprietário. Como posse, a posse própria é acontecimento do mundo fáctico. Podem existir o justo título e a crença, sem existir a posse própria; pode existir a posse própria sem existirem o justo título e a crença, ou um dos dois.

A posse própria no comêço e no fim do prazo entende-se posse própria no intervalo. Se, própria no comêço, o que diz ter usucapido não alega e prova ser própria, não há presunção de o ser (sem razão, ainda em direito alemão, J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 218).

E‟ preciso que não se perca, durante o prazo para a usucapião, a posse própria; *e. g.,* se houve esbulho, sem ter sido reintegrada a pessoa esbulhada, “em tempo competente” (art. 520, IV; Tomo X, *§§* 1.100, 1, 1.106, 1 e 4, e 1.110, 2).

Se a coisa fôra empenhada e o credor pignoratício tomou a posse própria, ou deu a outrem, portanto esbulhando, tem-se de atender ao art. 520, IV, segundo a interpretação fixada no Tomo X. Todavia, se transmitiu a posse em seguimento de execução de negócio jurídico anulável por violência, dolo, simulação, ou êrro, não há pensar-se em ter perdido a posse contra a vontade (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 219; GOLDMANN-LILIENTHAL, *Das Biirgerliche Gesetzbuch~, fl,* □

2 a ed., 86, nota 40; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 171; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 398; H. D~RNBURG, *Das Burgerliche Recht,* III, 362).

4. "TEMPUS". Diz o art. 618: "Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, sem interrupçã0, nem oposição, durante três anos". No art. 619, alterado pela Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0: "Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião independentemente de título ou boa fé". A diferença é quanto à quantidade de tempo. O titulo e a boa fé são elementos específicos da usucapião por tempo breve.

A teoria da posse influi no conceito de posse *ad usucapionem,* porque se passa, com o Código Civil brasileiro, a se poder abstrair do *animus* e do *corpus* (algumas sobrevivências da velha teoria afeiam alguns julgados, como se mostrou i~o Tomo XI, *§* 1.192, 1).

5.AçÃo DE USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS. A ação de usucapião de bens móveis, como a ação de usucapião de bens imóveis, é ação declarativa. Tem procedimento edital (Código de Processo Civil, art. 455 e *§* 1.0). Compete ao possuidor que satisfaça os pressupostos para a aquisição do domínio.

§ 1.695. "Successio possessionis" e "accessio possessioflis"

1.POSSE E CONTINUIDADE. Na posse *ad usucapionem,* tanto pode ocorrer sucessão quanto acessão *(successio posses?s*"*wms, accessio possessionis).* Já o discutimos no Tomo XI, *§§* 1.194 e 1.195. A superioridade do sistema jurídico brasileiro, tal como o expusemos, ressalta. Principalmente, a respeito do herdeiro, não baralhamos o requisito da posse própria ~e o requisito da boa fé, o que é gritante em MARTIN WoLFF *(Lehrbuch,* III, 219).

2.CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. A posse do antecessor so se aproveita tal como era; por exemplo: não serve para a aquisição em três anos, se

era de má fé. Mas, se servia para o mais, serve para o menos: a má fé do que se beneficia com .a *accessio possessionis* não o priva de usucapir ao se completarem os cinco anos.

E‟ preciso que o que se diz beneficiado pela *successio possessionis* ou pela *accessio possessionis* tenha recebido a posse. verdadeiramente, do antecessor. O possuidor da herança, não herdeiro, só tem por si o tempo em que possuiu,

não se lhe‟ conta o tempo da posse do decujo. Se tal falso herdeiro completou o tempo (três anos, com título de boa fé; cinco~ anos), isso não o imuniza à pretensão reivindicatória ou de petição da herança do herdeiro verdadeiro, *que não prescreveu, nem precluiu.* No direito alemão, há o *§* 2.026, que diz:

“O possuidor da herança não pode, enquanto a pretensão à. herança não está prescrita, se fundar, em relação ao herdeiro,. na usucapião de coisa que êle possui como fazendo parte da. herança”. Nem sempre tal possuidor da herança entra no art. 168, IV, e não temos a regra jurídica do *§* 2.026 do Código Civil alemão. No direito brasileiro, se não é de invocar-se o art. 168, IV, a usucapião consuma-se; a ação de petição de herança fica de pé e a responsabilidade do possuidor da herança é a mesma que êle teria se houvesse alienado a coisa (cf. Tomo XI, *§*

1.195, 3).

O tempo de usucapião que correu a favor do possuidor da herança é incluido no tempo que corre para o herdeiro, se bem que não seja sucessor daquele, desde que o possuidor da. herança haja tomado a posse da coisa como havida do decujo. Se o possuidor da herança estava de má fé, não se contamina essa mácula à posse do decujo e à do herdeiro (cf. TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 940; H. BUHL, *Das Rech,t. der beweglichen Sachen,* 70).

3.POSSE QUE SE TRANSMITE AO HERDEIRO. A posse que se transmite ao herdeiro é a posse tal qual a tinha o decujo. Para a usucapião há de ser própria. Se era de má fé, a posse que se transmitiu pela saisina (art. ~1.572), foi a posse de~ má fé. Para que o herdeiro conte, da data da morte, o prazo~ para a usucapião curta (com posse de boa fé), é preciso que tome posse sem ser a posse transmitida por fôrça do art. 1.572 (MARTIN WOLFF, *Leh.rbuch,* III, 34, nota 2; sem razão,.E.STROHAL, *Erbrecht,*]~j, 3~a ed., 78, e OTTO VON GIERKE.

Deutsches Privatrecht, II, 242).

O art. 495 rompe com a concepção de que a saisina não se refere à posse. Aliás, também é explícito o art. 1.572.

Pôs-se de lado tudo que afirmavam F. VON SAVIGNY *(Das Recht des Besitzes, 7~a* ed., 44 e 324), A. KÓPPEN

(Lehrbuch, 53), H. FALK *(Der Einf luas der Usurpation pines Nachiasses auf die Rechts verhãttnisse bei der Ersitzung,* 9), KARL SELL *(Rõmische Lehre des Eigentums,* **2**~a ed., 221) e A. voi.i SCHEURL *(Beitrãge,* 90). Tem-se a *Successio in usucapionem,* não segundo dados colhidos às fontes romanas, mas segundo os princípios da saisina.

§ 1.696. óbice ao prazo, suspensão e interrupção do prazo

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 619, PARÁGRAFO ÚNICO. Diz-se no .art. 619, parágrafo único: "As disposições dos arts. 552 e 553 são aplicáveis ao usucapião das coisas móveis". A despeito da colocação, a regra jurídica remissiva refere-se aos arts. 618 e 619. O art. 553 é aquêle em que se diz obstarem, suspenderem ou interromperem o prazo para usucapir as causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição (arts. 168, 169 e 172). Cf. Tomo XI, *§*

1.193. O art. 170 contém tautologias que já foram examinadas (Tomos VI, *§§* 670, 665, 12, 677, 5, 678, 1; e XI, *§*

1.193, 3). Quanto à interrupção, Tornos VI, *§§* 680-688, e XI, *§* 1.193.

2.OBSTÁCULO AO INÍCIO DO PRAZO E SUSPENSÃO DO PRAZO.

Quanto ao obstáculo ao início do prazo, já discorremos nos Tomos VI e XI: se a posse só se iniciou durante a sociedade conjugal (art. 168, 1), ou durante o exercício do pátrio poder (art. 168, II), ou durante o exercício da tutela ou da curatela (art. 168, III), ou durante uma das situações referidas no art. 168, IV, ou durante a incapacidade absoluta do proprietário (art. 169, 1), ou durante alguma das situações previstas no art. 169, II e III, o prazo *não começa de correr,* razão por que não se há de falar de suspensão, nem de interrupção.

A citação pessoal na ação em que se peça a posse, em virtude da pretensão à propriedade, interrompe a prescrição, Irias, se fôr julgada a ação contra o autor, nem sequer terá havido suspensão. Daí nossas

reservas, *de iure condendo,* ao *§* 939 do Código Civil alemão.

O art. 168, IV, pré-exclui o curso do prazo a favor de quem guarda, inclusive o locatário. Tal regra jurídica é concernente ao esbulho enquanto há a relação jurídica de posse imediata ou imediata inferior.

3.INTERRUPÇAO DO PRAZO. O prazo interrompe-se pela perda da posse própria, ou pelo esbulho, se não foi restituida "no tempo competente", ou pela citação, ou pelo protesto seguido de ação possessória ou petitória, ou por ato judicial que constitua em mora o possuidor *(e. g.,* interpelação pelo que se diz dono e aponta o possuidor como possuidor imediato ou mediato inferior), ou por ato de reconhecimento (Tomo XI, *§* 1.193, 4) Se houve a interrupção do prazo por citação ao possuidor próprio, em ação que tenha por fito retirar-lhe a posse própria, ainda que ordenada por juiz incompetente, tal *efeito* da citação desaparece se sobrevém sentença desfavorável ao autor, inclusive absolvição de instância, ou se é julgada nula a citação por outra razão que a incompetência, ou se não se prosseguiu no processo, ainda em outro juízo, de modo a ter-se consumado, no prazo para usucapir, a perda da posse em virtude de sentença na ação a que a citação se referia Se o possuidor, a favor de quem está a correr o prazo para usucapião, é possuidor mediato próprio, ~ a citação do possuidor mediato impróprio, ou do possuidor imediato impróprio, que a êle sej a ligado, basta para a interrupção?

Afirmativamente, J.BIERMANN *(Sachenrecht,* 220), G. PLANCK *(Kommentar,* III, 399) e O. WARNEYER

(Kommentar, II, 172); contra, K. KOBER *(3*". *von Staudingers Kommentar,* III, £96) e GOLDMANN-LILIENTHAL

(Das Burgerliche Gesetzbuch, II, 86). No direito brasileiro, essa extensão de eficácia é de difícil recepção, tanto mais quanto, segundo os princípios, pode perder a posse mediata imprópria ou a posse imediata impr~ópria alguém, que a houve do possuidor mediato próprio, sem que êsse a perca, e o art. 172, 1, fala de "citação pessoal".

§ 1.697. Pressupostos da usucapião por longo tempo

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 919. Diz o art. 619: "Se a posse da coisa movel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião independentemente de título ou boa fé" (Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0). Os

pressupostos são apenas a usucapibilidade da coisa, a posse própria, o tempo de cinco anos, que se alargue em relação ao da usucapião por tempo breve.

A regra jurídica da Lei n. 2.437, art. 1.0, não incide em se tratando de objetos de valor, recolhidos aos cofres de Depósitos Públicos e não reclamados dentro do prazo de cinco anos, contados da data do depósito (Decreto n.

22.468, de 15 de fevereiro de 1933, art. 2.0).

No caso de depósito regular, voluntário, de bens de qualquer espécie, têm êsses bens de ser recolhidos ao Tesouro Nacional e, aí, devidamente relacionados, em nome dos respectivos proprietários, permanecem mais cinco anos, findos os quais se incorporarão ao patrimônio nacional (Lei n. 2.313, de 3 de setembro de 1954, arts. 1.0 e 2.0).

Nem a espécie do Decreto n. 22.468, de 15 de fevereiro de 1933, art. 2.0, nem a da Lei n. 2.313, de 3 de setembro de 1954, arts. 1.0 e 2.0, são de usucapião, mas sim de sucessão por abandono, à semelhança do que se passa com o achado (isto é, em virtude de lei). O Estado não teve posse própria, que permitisse pensar-se em usucapião; o Estado arrecadou, tal como se passa com os bens de ausentes e os bens vagos e recebe a propriedade, preenchidos os requisitos das *leges speciales.* São pontos, êsses, de certa importância, teórica e prática; e por êles se pode ver, com clareza, a diferença entre os dois institutos.

2.~ EXCEÇÃO OU OBJEÇÃO DE FURTIVIDADE? A *res furtiva,* que era espécie de *res vitiosa,* não podia ser usucapida. Não, assim, hoje em dia. O ladrão pode usucapir; o terceiro usucape, de boa ou de má fé, a coisa furtada.

Se a lei penal ainda pode ser aplicada e tem a pena de entrega da coisa, entende-se que há perdimento por aplicação da regra jurídica, se o ladrão já usucapiu. A prescrição da lei penal nada tem com o prazo do art. 619, nem o prazo do art. 619 com a prescrição da lei penal.

3.BOA FÉ. Boa fé, para usucapir, é crer-se dono, sem no ser, desde que tal crença não seja absurda (não houve culpa grave em crer-se dono). A crença há de ser na propriedade, e não nos fatos de que derivaria a aquisição.

A boa fé Somente se presume se o possuidor tem justo titulo em que possa crer. Portanto, Somente quando possa invocar o art. 490, parágrafo único. Todavia, a usucapião tem seus princípios (Tomo XI, *§* 1.192, 4). *MaIa fides supervenienS nocet,* conforme expusemos no Tomo XI, *§* 1.192, 2. **Mala fides supervefliens non nocet,* tal o princípio que vigorava em portugal até a Lei de 4 de fevereiro de 1534. Hoj e, tanto para os bens imóveis como para os móveis, se se invoca a regra jurídica da usucapião por breve tempo, há de haver boa fé durante todo o prazo: *Mala fides supervefliens nocet.* O tempo, êsse, pode ser contado, em tôda a extensão, para a usucapião por longo tempo.

Quanto à regra **Quisquis praesumttur bonus,* que teria a uA boa fé tem de ser alegada. Invocado, com razão, o art.

490, parágrafo único, não precisa prová-la o possuidor, porque, então, se presume. O que se disse, no Tomo XI, *§*

1.197, a respeito da usucapião de bens imóveis, tem aqui todo cabimento. Se não foi alegada a boa fé e se fala de usucapião breve, a petição é inepta. A regra *Ohm possessor et hodie ~possessor, interea possessor* é regra de presunção *hominis* e nada tem com a boa fé: se outrora possuí a tela e hoje a possuo, presume-se, no mundo fáctico, que também no intervalo a possuí. A outra regra **Quisqui.s praesumitur bonus* nao a temos: nenhuma posse se presume de boa fé.

O erro de direito não pode ser invocado para a boa fé (Tomo XI, *§* 1.197, 2).

A boa fé só desaparece se há ciência o possuidor, posteriormente, de que a coisa é de outrem, não bastando a propositura de ação cuja citação não interrompa o prazo.

Se aconteceu não correr o prazo por algumas das causas do art. 168 ou do art. 169 (arts. 553 e 619, parágrafo único), a boa fé tem de exigir-se à data da aquisição da posse, e não àdata de cessar a razão de não correr (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 171).

§ 1.698. Pressupostos da usucapião por tempo breve

1.“TEMPUS”, “BONA FIDES”, “TITULUS IUSTUS”. São pressupostos da usucapião por tempo breve a posse, o justo título, a boa fé e o tempo. De modo que a posse do usucapiente há de ter procedido de alguém,

não-dono, ou dono, que lhe deu o título. Se foi posse -de *res nuhhius,* o possuidor adquiriu a coisa pela ocupação. O titulo há de ser, pelo menos, contemporâneo da posse. Se posterior, para a usucapião breve Somente se pode contar o prazo a partir do inicio do último elemento (posse, boa fé, título justo). O titulo é o negocial, ou o de direito hereditário.

2.“RES HABILIS”. O objeto da usucapião é o da posse até onde corresponda ao título (L. 2, *§* 6, D., *pro emptore,* 41, 4). O * *Tantum praescriptum quantum possessum* só se pode invocar a propósito de usucapião por longo tempo.

Preliminarmente, afaste-se a concepção de que a usucapião breve seja efeito da posse, ou efeito da posse de boa fé, sendo a boa fé qualificação da posse; a usucapião breve tem suporte fáctico em que entram título, posse, boa fé e tempo. Há-se de discutir se *a)* a boa fé qualifica, nos arts. 551 e 618, a posse, ou *b)* se essa boa fé qualifica o título.

O art. 618, parágrafo único, alude à posse de má fé, que exclui a usucapião breve; ao invés disso, o art. 551 se poderia prestar a ambiguidade. (Mais ainda os arts. 1.159, 1.160 e 1.162 do nôvo Código Civil italiano, *verbis*

“acquista in buona fede”, “acquisto in buona fede”; o que levou F. MESSINEO, *Manuale,* ~ 7.~ ed., 80, à interpretação *c),* enquanto D. BARBERO, *Sistema,* 1, 211, e E. CASATI e G. RUSSO, *Manuale,* 333, entenderam que a boa fé qualifica a posse.)

A solução é de interesse prático. Ou a boa fé há de existir quando se constitui o título, ou no início da posse, ou durante todo o prazo. A posse antecede, sucede, ou é simultânea à constituição do título. Se o título foi anterior e a boa fé o qualifica, tem de haver mais de três anos de título e boa fé, pôsto que de três anos a posse. Se a boa fé samente qualifica a posse, a posse de boa fé, com título posterior, tem de durar mais de três anos, porque, se assim não fôsse, não haveria titulo durante três anos. A posse tem de ser justificada pelo titulo, o que torna difícil ocorrer posse de boa fé anterior ao título, que se haja de levar em conta. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3, *§* 1, *2~a* parte, diziam que o tempo se contaria “do primeiro dia que a coisa foi a poder do possuidor com título e boa fé”.

Portanto, o titulo podia ser anterior, a posse haveria de ser com titulo e boa fé; se anterior ao titulo a posse,o tempo contar-se-ia da posse que se iniciasse com o título e boa fé.

3. PRESSUPOSTO DE BOA FÉ. Outra questão é a da inicialidade ou ininterrupção da boa fé. Noutros têrmos a de se saber se há, ou não, no sistema jurídico brasileiro, a regra jurídica * *Mala lides superveniens non nocet.* Se a há, a boa fé só é de exigir-se no momento do *initium possessionis.* Se não na há, no suporte fáctico da usucapião há de existir boa fé durante o tempo. A Lei portuguêsa de 4 de fevereiro de 1534 influiu nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3, *§* 1, que diz: "E esta demanda lhe poderá fazer até dez anos cumpridos, se ambos, credor e possuidor, eram moradores em uma Comarca. E sendo moradores em desvairadas Comarcas, então lhe poderá ser feita a demanda até vinte anos acabados. Os quais dez anos e vinte se contarão do primeiro dia, que a coisa foi a poder do possuidor com titulo e boa fé. E vindo a coisa obrigada a poder do possuidor sem titulo algum, poder-

-lhe-á a demanda ser feita pelo credor até trinta anos cumpri-dos, contados pelo modo sobredito. E se a coisa obrigada sempre fôr em poder do devedor, ou de seu herdeiro, ou de algum outro credor, a que depois fôsse apenhada, possuindo-a por virtude do dito apenhamento, nestes casos poderá ser feita a demanda até vinte anos entre presentes, e quarenta entre os ausentes, contados do dia, que a obrigação fôr feita, em diante; salvo se constar de má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever". Outros sistemas jurídicos acolheram a regra jurídica * *Mala lides superveniens non nocet.* O direito brasileiro repeliu-a, na linha histórica do século XVI. Nas Ordenações Filipinas, Livro II, Título 53, *§* 5, estatuiu-se, *ainda,* a respeito das arrematações nulas, por terem lançado oficiais da Fazenda, por si ou por outrem, que não adquiririam os lançadores a propriedade, "por quanto os havemos por constituídos de má fé, para que não possam fazer seus os ditos frutos, nem prescrever as propriedades".

De lege ferenda, seria de admitir-se a regra * *Mala lides superveniens non nocet.* Porém o sistema brasileiro não a admitiu, pela convicção, que se introduziu no comêço da história do Brasil, de que qualquer momento de má fé tornaria insuficiente o suporte fáctico da usucapião. Usucapir em breve tempo seria recompensa pela paz de consciência, que durou todo o tempo marcado pela lei (C. F. ROSsHIRT, *Dogmengeschichte des Civilrechts,* 455>. Era preciso, ao longo do prazo, a ignorância da alienabilidade da coisa: a *conscientia rei alienae* que é a má fé, segundo o direito canônico no suporte fáctico do art. 618 é fato (religioso), de que resulta o dever de entregar a coisa ao seu dono, "recedere ab aliena possessione"; razão por que a boa fé há de ser contínua (o possuidor de má fé "est continue in peccato mortali") . O elemento

fáctico-religioso negativo, a má fé, superveniente, sómente não obsta à suficiência do suporte fáctico da usucapião, quando, ao ocorrer, o suporte fáctico, suficiente, já entrou no mundo jurídico, e o possuidor, portanto, usucapiu; porque, então, já é dono: o que êle vem a saber é que possuiu coisa alheia, não que possui coisa alheia (glosa *nuila temporis à* C. 20, X, 2, 26; glosa *sed utrum* à Reg. 2, em VI, *de regulis iuris)*. Se o possuidor se creu dono, mas, depois entendeu, em consciência, que o não era, e volveu a crer-se dono, pergunta-se: ~ houve interrupção do prazo? A resposta, no direito canônico e no direito brasileiro, é negativa: o crer-se depois dono apaga o ter-se crido possuidor de coisa alheia, no intervalo (C.

35, X, 5, 3; glosa *nulia temporis* a c. 20, X, 2, 26).

A proteção da boa fé não existia no velho direito romano, nem no velho direito germânico. No princípio "H and wahre Hand" não havia referência à boa fé. Posteriormente, mesdou-se ao princípio germânico o elemento relativamente tardio da *bona fides,* como elemento subjetivo para a aquisição da propriedade mobiliária, porém no direito brasileiro a herança romana foi mais forte, de modo que o fator germânico ficou circunscrito à aquisição dos títulos cambiários e cambiariformes. No mais, continuou o princípio romano da sucessão, com a aquisição derivativa preponderante.

A boa fé, no sentido de boa fé do possuidor para adquirir, é a ignorância da não-titularidade do que disse transmitir, que de modo nenhum equivale a conhecer a titularidade, nem, sequer, a crer nessa títularidade (cf. JULIUS JONAS, *Begriff und Bedeutung der* bona fides *bei der Ersitzung,* 8, sôbre a diferença entre a boa fé e o *put are;* H. BENz, *Begrifi des* bona fides *in der rÉimischen Usucapionslehre,* 28), a despeito de algo de positivo que há de haver na boa fé (H. ScHMIDT, *Ausleguflg des §* 366 *HGB auf der GrundiLige des BGB,* 27; II. BENZ, *Begriff des* bona f ides *in der rõmischefl Usucap%Onslehre,* 26). Não se trata de se crer de boa fé, nem de ter a opinião de ter adquirido de boa fé; a boa fé é que consiste em ignorar que não é adquirente derivativo. Não há boa fé sem se pensar em ter-se título para a aquisição, mas, na teoria da usucapião, o problema simplifica-se porque há de ter título *e* boa fé.

4.QUE SE HÁ DE ENTENDER POR MÁ FÉ. Outro ponto em que se há de prestar atenção é no conceito de má fé, no art. 551 como no art. 618: não basta a dúvida do possuidor sôbre ser dono, ou não, da coisa

possuida *(dubia conscientia) é* preciso que saiba não ser dono *(laesa conscientia)*.

Resta o problema do ônus da prova. Segundo os princípios gerais, quem alega a suficiência de um suporte fáctico, de que resultaria aquisição de direito, tem de dar prova de cada elemento que o compõe. Todavia, o direito canônico, extraindo, como se soia extrair, da L. 21, D., *de probationibus et praesumptiOnib*"*U5,* 22, 3, a máxima *Praesumi ignorantiam ni.Si probetur scientia,* aplicava-a à boa fé do possuidor de coisa alheia. E" verdade que a glosa apontava espécies em que o próprio direito canônico teria admitido a presunção da má fé; mas, em tôdas elas, a exceção à máxima era ilusória: em tôdas supunha-se prova de fato, *e. g.,* mercado ilícito, ou imoral, em que havia extrema probabilidade de se saber ser de outrem a coisa. Quanto à L. 21, para o nosso assunto, mais importante é que o direito canônico tenha recebido a extração da máxima do que o estar implícita no texto de MARCIANO.

5.TITULO HÁBIL. A usucapião breve do art. 618 funda-se no titulo hábil a transferir o domínio. Não se deve pensar em sanação do título nulo, anulável, ou ineficaz, pelo *longum silentium.* O título é, aí, apenas um dos elementos do suporte fáctico da usucapião. Não se adquiriu, porque o título inválido se sanou, e sim porque o suporte fáctico do art. 618 se completou. Diz-se que a *longi temporis praescriptiO,* que se insinuara na *usucapio* romana, transformava posse em domínio, ao passo que os arts. 551 e 618 remedeiam os vícios da aquisição da propriedade (razão por que se há de exigir a boa fé desde o momento do título de aquisição e não desde o momento do início da posse). Tal interpretação discriminativa faria da usucapião segundo os arts. 551 e 618 aquisição derivativa, e até aí foram A. TARTUFARI *(De gli Elfeti dei Possesso,* II, n. 869), P. BONFANTE *(Corso di Diritto romano, 11,2,* 205; *Istituzioni,* **9**~a ed., 7272) e P. F. GIRARD *(Manuel,* **7**~a ed., 311 s.). Ora, não é essa a construção histórica da usucapião breve, nem se ajustaria à sistemática do direito civil. A usucapião breve é aquisição originária, como a dos arts. 550 e 613. Não há qualquer distinção. O título e a boa fé entram na composição do suporte fáctico dos arts. 551 e 618, e não entra um dêles, ou os dois não entram no suporte fáctico da usucapião segundo os arts. 550

e 619. Na dimensão jurídica, o título não se torna válido ou eficaz. O título apenas concorre, como elemento do suporte fáctico, para que o nôvo título surja, que é a usucapião. Na dimensão política, pode ser que o legislador haja pensado em beneficiar os que têm título e não adquiriram a propriedade; mas essa consideração, na dimensão

jurídica, não pode alterar a estrutura do instituto. Em conseqUência disso, a usucapião, que surge *ex nova causa,* nenhum influxo exerce sôbre o título, que, se era nulo, nulo continua, e, se não foi registado, não mais o pode ser; sem ser preciso que se caia no exagêro e no êrro do nôvo Código Civil italiano, que pôs os arts. 1.158-1.167, concernentes à usucapião, no capítulo sôbre os *efeitos da posse* e definiu a usucapião (art. 1.158) como aquisição de direito real em virtude da posse. Pelo fato de haver fatos *mais* tempo como elementos do suporte fáctico da usucapião breve e só um fato *mais* tempo no suporte fáctico da usucapião longa não se haveria de concluir que seja a posse que gera, sôzinha, a essa: o suporte fáctico da usucapião segundo o art. 550 (Código Civil italiano, art. 1.158) tem apenas menos elementos fácticos do que o suporte fáctico da usucapião segundo o art. 551, porém nem aquela nem essa é Somente efeito da posse, ambas são efeito da posse *mais* tempo, ali, só, e, aqui, *mais* título *mais* boa fé.

Posse, só, não gera direito de propriedade. A aquisição não é porque o titular anterior haja perdido a propriedade; o titular anterior perde a propriedade, porque alguém, *ex causa nova,* a adquiriu. Não se há de dizer, tão-pouco, que a usucapião por longo tempo de imóveis e de móveis é modo de aquisição *geral,* mediante a posse, ao passo que a segunda é modo de aquisição *especial,* mediante a posse: em ambas, a posse é apenas um dos elementos do suporte fáctico; o título e a boa fé são elementos fácticos que se exigem para se abreviar o prazo para usucapião. Tem-se, pois, de evitar, no direito brasileiro, a atitude do legislador italiano, que influiu na doutrina da Itália (F. MESSINEO, *Manuale,* ~, **7**~a ed., 83 s.; D. BARBERO, *Sistema,* 1, 211; A. MONTEL, *La Disciplina dei Possesso,* 88 e 142 s.; E.

CASATI e G. RUSSO, *Manuale,* 332), que não soube, em tempo, reagir. A usucapião breve exige, no suporte fáctico, os cinco elementos: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus;* à longa bastam *res habilis, possessiO, tempus.*

CAPITULO IV

ESPECIFICAÇÃO

§ 1.699. Conceito de especificação

1.“NOVA SPECIES”. Espécie nova diz-se a espécie que não existia como coisa móvel, a despeito de existir a matéria com que se constituiu. Não é espécie nova a que foi reparada, ou consertada: se se reparou, ou consertou, foi porque já existia; nem a que exsurgiu por separação das partes materiais integrantes: tal separar, como o reparar, não atinge a identidade da coisa, porque apenas a dissolve ou a retoca; nem é espécie nova a provocada pela unificação de duas ou mais espécies, pela comistão, ou pela confusão, ou a adjunção. O que mais importa é saber-se se no tráfico se tem a espécie como nova, em relação à matéria com que se fêz. Se tal é o que se assentou, o mundo jurídico recebe a coisa, tal qual ficou, como espécie nova. No sentido da “concepção do tráfico”, A. BEcHMANN

(t~ber den Rechtsgrund des Eigentumserwerbs durch Specification, *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 47, 25 s.); *.K.*

R. VON CZYHLARZ (em CHR. FR. GLÚCK, *Ausfiihrliche ErUiuterung der Pandecten,* Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 266) e muitos outros, como O. FISCHER *(Das Problem der Identitãt,* 62 s.), aliás contra, *de lege ferenda,* o critério do valor do trabalho.

Nos sistemas jurídicos hodiernos, a espécie é nova se o é no sentido econômico, e não só no sentido filosófico. A economia e que leva em conta, para o conceito de novidade, o valor em outras dimensões sociais (estético; político, *e. g.,* valor como arma de guerra; científico). O que é de mister é que a alteração, que nada tem com a forma macroscópica, tenha relevância suficiente para que o produto se tenha como nôvo. Porém é de considerar-se O valor do trabalho, sem que seja decisivo:

O trabalho do ourives, com ouro e pedras preciosas, é de menor preço que as matérias com que trabalhou, de jeito que pode ser elemento para se resolver quanto à propriedade da espécie nova, e não para se pré-excluir tratar-se de espécie nova. Se o trabalho é de preço inferior ao da matéria, ou das matérias, há *nova apecies,* sem que tal especificação, se de má fé, seja a causa de aquisição da propriedade: o proprietário ou proprietários da matéria, ou das matérias, é o proprietário ou são os proprietários da espécie nova.

2. ÇONCEITUAÇAO. Quem especifica cria *specles.* Surge *nova res,* que pertence ao especificador *a)* se tôda a matéria era sua, ou *b)* se só parte da matéria era sua, ou *c)* se tôda a matéria era alheia e o especificador obrara de boa fé, ou *d)* se, ainda de má fé o especificador, o preço da mão~de-obra excede, considerâvelmente, o

preço da matéria~prima.

A *specLes* exsurge da matéria~prima, por ato humano, ainda que através de máquinas, ou processos químicos.

Specifi.catio não é termo romano; pela primeira vez apareceu no *juris civilis.*

Tratando-Se, como se trata, de ato humano que altera o elemento matéria, era de esperar-se que as filosofias se enristassem, conforme as divergências da filosofia grega.

Há de haver trabalho, ou do homem, ou de instrumento do homem (animal, queda de água, máquina): pré~exclui-se a remodelação acidental, estranha à vontade do homem (II. EHLERS, *Ir& wieweit haftet der jenige, der aus einer Sache eine neue Sache verfertigt, dem Eigentumer?,* 5; A. SCHULTZ, *Die Lehre der SpezifikatiOn,* 10; C.

WUNDERLICH, *Der EigentumSerWerb durch Verarbeitung,* 8).

Para os Sabinianos, a *nova res* havia, de pertencer ao dono da matéria. Para os ProculeianOs, o especificador havia de adquiri-la, porque a criou. A atitude que se atribui a GAIO e a PAULO distinguiu os casos em que há redutibilidade da *species* à matéria de que foi feita e os casos em que a redução seria de afastar-Se.

A solução intermédia foi com razão criticada, porque o trabalho em matéria alheia, ainda que genial, ficaria em segundo plano. Mais ainda: se a restituição à forma antiga se pode dar, sem se levar em conta o valor do trabalho, a volta ao estado anterior elimina valor, a líbito do dono da matéria; e surgiriam problemas sôbre a restituXbilidade. O

Código Civil austríaco, *§* 415, recebeu tal solução. Em geral, repeliram-na as legislações *(e. g.,* PreussischeS

Alígemeines Landrecht, 1, 9, *§§* 299 5.; Código Civil francês, arts. 570-577).

3.MATÉRIA-PRIMA. Matéria, no conceito de especificação (matéria-prima, arts. 611, 612, *§§* 1.~ e 2.0; matéria, arts. 611 e 612), não é só o palpável, *sensu stricto;* também o é a energia. Tudo com que, no momento histórico, se pode trabalhar, para se obter *species,* é matéria. Através dos tempos, o conceito enriquece-se de conteúdo, porque cresce o número dos elementos que se hão de considerar matéria.

A especificação ocorre principalmente nas indústrias, nas profissões manuais e nos trabalhos de amadores. Quem fabrica o pano com o fio, quem com o pano faz o vestido, quem com a farinha faz o pão, ou o bôlo, quem com o couro faz o sapato, quem com o metal faz a jóia, ou a faz com o metal e as pedras, especifica. Porém não é especificação o enxêrto nas plantas, inda que com os ramos pertencentes a quem os prende.

Para que exista especificação não é preciso que o trabalho, que se planejou, esteja acabado; pode ocorrer muito antes, desde que já se haja eliminado a entidade econômica, ou se hajam eliminado as entidades econômicas, ou a entidade estética, ou as entidades estéticas, com que se começam de fazer a *nova species.* Se o alfaiate já cortou a roupa, já há a *nova. species* em formação.

Os arts. 611, 612 e *§* 2.0 são de direito dispositivo; o art. 612, *§* 1.0, de direito cogente.

4.NATUREZA DA ESPECIFICAÇÂO COMO FATO JURIDICÓ. Já dissemos que a especificação é ato-fato jurídico; não é negócio jurídico, nem ato jurídico *atricto sensu* (Tomos II, *§§* 159, *irc fine,* 210, 2, 215; III, *§* 323, 5; X, *§* 1.104, 2; *§* 1.244, 12). Não se exige capacidade: *e. g.,* absolutamente incapazes podem especificar. Nem há anulabilidades por vícios de vontade. Nem especificações nulas. Se o ato do especificador foi previsto em lei penal, entra no mundo jurídico como ato ilícito penal (crime ou contravenção), não como especificação, ato -fato jurídico.

Pode-se adquirir por especificação com a colaboração ou o labor de outros, tais como sócios, ajudantes, empregados, operários, ou por empreitada, mas o ato-fato jurídico produz efeitos a favor do dono do negócio. Não há, aí, representação; há ato por outrem e para outrem, no mundo fáctico, se bem que introduzivel no mundo jurídico e, ainda, construivel no direito brasileiro a representação para aquisição da posse (Tomo X, *§* 1.090). O impressor, a quem o editor fornece o papel, não o adquire, porque o art. 614 é *dispositivo* e, de ordinário, o contrato de impressão pré-exclui a incidência do art. 614 (sem razão, *e. g.,* E. BRODMANN, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Verarbeitung, *Jhering8 Jahrbiccher,* 79, 131 s.).

Oque faz algo de encomenda, *e.* g., bôlsa, sapato, vestido, em virtude de contrato de obra, está a atribuir ao contraente a propriedade, desde que cortou, se a matéria-prima é do freguês, ou se o freguês lhe

adquiriu a matéria-prima, tratando-se de casa que *vende* e *faz (e. g.,* loja e alfaiataria). *Aliter,* se ao dono da oficina só se encomenda roupa, que êle faz com material próprio, a preço global, ainda que se preste algo adiantado.

§ 1.700. **Problema da propriedade da "nova species"**

1.COISA E ENTIDADE. Tôda coisa tem a sua forma, a sua *species,* a idéia que nela se exprime . Abstrai-se de ter sido produzida por planta, ou por animal, ou tirada da terra, ou feita (fabricada). As fôrças naturais, como o acidente e o ato humano, inclusive o trabalho, podem mudar a *species,* suscitando *nova specie.* A atividade humana, que consegue isso, especifica, razão por que se fala de s *pecificatio,* substantivo estranho às fontes romanas. A especificação muda o bem móvel em algo móvel, nôvo. Há *aliena materia;* há o trabalho; há o ser para si o produto do trabalho (A. SULZER, *Der Eigentumserwerb durch Spezification,* 37 s.). Se alguém trabalha para outrem e especifica, no suporte fáctico da especificação não é *nomine* a finalidade do ato humano, porque o especificador tem a finalidade de outrem como finalidade do seu labor. O fato de se exigir que, no suporte fáctico, esteja trabalho importa em que se não tenha por especificação a transformação da espécie por acidente. Por isso mesmo pode-se falar em especificador de boa fé e em especificador de má fé. (Aliás *a* má fé pode ser do agente do especificador, em vez de ser do especificador, como se é o trabalhador que emprega, contra as ordens, a matéria-prima de outrem, e tem-se como do especificador, por ser o agente simples instrumento, aí instrumento claudicante.) Se bem que as legislações tendam a pôr de lado, em assuntos de especificação, a boa fé (cp. SIGFRID STRAUSS, *Stoff und Arbeit,* 3, nota 9), o Código Civil brasileiro a ela se refere (art. 612, *verbis* "boa fé"; art. 612, *§* 1.~, *verbis* "má fé").

A especificação com matéria própria, ou com matérias próprias, é especificação; mas o assunto só se torna pràticamente relevante se o trabalho é com matéria de propriedade alheia. *Quod ex re nostra fit, nostrum est* (cp.

GAIO, IV, 4: "nec res quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest""i.

Se se entende, ou não, que o conceito de coisa nova é dado pelo tráfico, é ineliminável, no conceito de especificação, que a coisa anterior *res extincta est* e *nova species* surgiu. A empregabilidade ou a

aplicação, que tinha aquela, desapareceu (FR. KLEINWÀCHTER, Die volkswirtschaftliche Produktion im Allgemeinen, em G. VON

SCHÕNBERG, *Hanclbuch der Politischen Oekonomie,* 1, 187 s.).

Nas soluções técnicas, o Código Civil superou o princípio substancialista da doutrina sabiniana e o principio do trabalho, que inspirou os Proculeianos. A nenhuma das sinteses propostas, desde a da *media sententia,* se apegou.

2. DIREITO DO TRABALHO. As regras jurídicas sôbre especificação de modo nenhum incidem nas relações entre industriais e trabalhadores (cf. L. BARASSI, *Ii Contratto di lavoro,* 1, 75; *La Proprietâ,* 426 s.), se restritas ao contrato individual ou coletivo.

O trabalho não supõe qualquer relação jurídica de trabalho. Por isso mesmo, com o trabalho espontâneo, sem ser como Prestação, dá-se especificação; e dá-se também se o trabalho é prestado como prestação do contrato de trabalho. Todavia, os arts. 611-614 não incidem, devido à pré-exclusão, oriunda do contrato de Trabalho. Isso não importa em dizer-se que, nas relações entre o empregador e terceiro, não possam incidir algumas das regras jurídicas dos arts. 611-614; ou nas relações entre empregador e empregado, fora do contrato de trabalho.

3.AS DOUTRINAS ROMANAS DA ESPECIFICAÇÃO. Para os Proculeianos, a nova espécie era nôvo objeto de direito, o que constituía violenta antítese ao pensamento infinitista da concepção romana da propriedade e ao substancialismo sabiniano.

Antes de Sabinianos e Proculeianos os textos legais nada dizem, razão por que as duas escolas se fundam na *naturalis ratio.* Na revelação dessa é que se insinuam os elementos díferenciais de cada uma, ou, mais precisamente, de dois riomen tos históricos.

Tem-se procurado atribuir à doutrina sabiniana da especificação e à doutrina proculeiana causas puramente econômi cas. Quanto àquela, é evidente que correspondia à concepção mesma, substancialística, de propriedade que não tinha a antítese da produção livre: quem especificava era dono da matéria ou pertencia ao dono da matéria (cf. B. W.

LEIST, *tiber die Natur des Eigentums,* 162 s.; H. DANI{WARDT, *Nationalõkonomie und jurisprudenz,* 1, 38). Era cedo para que surgisse doutrina, que resultasse da *pressão* do trabalho, ou do pensamento. Aliás, ao surgir, com os Proculeanos, a doutrina contrária (antítese), ainda não se podia pensar em mudança social de concepção da vida, nem, tão-pouco, em pressão. Na L. 29, *§* 1, D., *de donationibus inter vi rum et uxorem,* 24, 1, LABEÂO alude a especificação, em caso de vestido feito com lã, que não se podia doar a mulher, e provàvelmente a luta começou a êsse tempo.

A concepção romana, infinitista, da propriedade tinha de engendrar a solução sabiniana. Para os Romanos de tempo republicano seria absurdo pensar-se em que, trabalhando-se com a prata de outrem, se adquirisse a propriedade de prata:

a *lanx argentea* havia de ser do dono da prata. Trabalhavam, como pintores, escultores e poetas, escravos gregos e, se queriam apropriar-se do que faziam, podiam ser mortos; e não importavam ao interesse do proprietário os interêsses dos outros (cf. W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben,* 193; P. OERT MANN, *Die Voikswirtschaftslehre des* Corpus luris Civilis, 44). O direito de propriedade, em sua rijeza, ia contra todos, sem se atender à boa fé e à relevância de qualquer interesse em contrário, tanto mais quanto, para gente livre, trabalho era *otium.* Os juristas não podiam fugir a isso, tanto mais quanto, naquele tempo, os que trabalhavam para ganhar a vida eram *sordidum genus hominum.* Somente contavam os soldados,‟ os funcionários públicos e os senhores territoriais (VIKTOR

STORZ, *Beitrãge zur Spezificationsleh,re,* 9).

Ao vir surgindo a indústria livre, manufatureira, compreende-se que se haja de pensar em aquisição da propriedade pelo especificador. Em todo o caso, não foi a causa econômica, nem, sequer, a sugestão dos trabalhadores que determinou, sôzinha, a mudança. Ainda não se estava no sistema da economia monetária, ainda o princípio da unidade de produção dominava. Não se pode dizer que a transformação econômica não

-tivesse tornado possível a nova doutrina; mas seria êrro considerá-la a causa única (sem razão, por exemplo, A.

SULZER, *Der Eigentumserwerb durch Specification,* 104; cp. P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftslehre des* Corpus luris Civilis, 137). *À* economia monetária e a divisão do trabalho começam, em Roma, antes do século II antes de Cristo (contra A. SULZER, V.STORz,

Beitrage zur Spezifikationslehre, 11 s.). Mas os juristas já podiam pôr os problemas, uma vez que já ao tempo

-de Numa Pompílio o trabalho manual se estendia; no ano 338 .antes de Cristo já se cunhavam moedas romanas; no ano 171 antes de Cristo, formou-se corporação de padeiros. Em CÍCERO e TITO Lívio fala-se de *falcarios, lignuari os, vicus sandalarius.* Sob Augusto, Roma tem cêrca de um milhão de habitantes. As leis sôbre luxo são de 275, 182

e 161 antes de Cristo. Ora, a L. 29, *§* 1, D., *de donationibus inter virum et uxorem,* 24, 1, refere-se a LABEÂO, que morreu entre 10 e 22 após Cristo (A.PERNICE, *Marcus Antistius Labeo,* 1, 7 s.; PAUL JORS, *Antistius N.0 s4,* PAULY-WISSOWA, *Realenzyklopãdie,* II, 1904 s.). Os outros textos são atinentes a PRÓcULO e NERvA.

No 1 Projeto e no II Projeto alemão, como no Código Civil alemão, não se considerou elemento do suporte fáctico da aquisição da propriedade pela especificação a boa fé. Isso não importa em dizer-se que não haja ação de enriquecimento injustificado e ação de indenização por ato ilícito, tal como havia, no direito comum, a *condictio furtiva* e a *actio ad exhibendum.* O que tem relevância, para a teoria da especificação, é saber-ser em direito alemão, que a boa fé ou a má fé não está no suporte fáctico da aquisição da propriedade (Tatbestand des Eigentumserwerbs) 12 ou que, em direito brasileiro, só aparece nas situaçôes (C) e (D). A verdade histórica, para o direito 8 romano, está em que em nenhum jurista romano ou constituíção imperial se pusera a *bona fides* como elemento do suporte fáctico da aquisição da propriedade pela especificação. Todos os que afirmam tal inserção somente o inferiram de textos que são anteriores à doutrina proculeiana ou à *media sententia* ou que não tratam de aquisição da propriedade (KARL NEUMAJER, Bona fides *ais Erfordernis des Eigentumserwerbs durch. Spe zifikation,* 31 s.)

4. ILICITUDE. Se a especificação em si foi ilícita, como se consistiu em falsificação de moedas ou em utilização para fim proibido, como arma cuja fabricação se veda, o trabalho *e* sem valor, porque valor, ainda se o tivesse, o não poder ser-realizado o elidiria.

(B) “A especificação obtida por alguma das maneiras do art. 62 atribui a propriedade ao especificador. mas não o exime à indenização” (art. 614).

(G) Se reduzivel a espécie, que pertence ao dono, continua o direito de propriedade; não, se irredutível.

DIREITO BRASILEIRO

CONCORDÂNCIA

DIVERGENTES

Solução proculeiana (L. 7, § 7, D., de *adquirendo* te-rum *dominio,* 41, 1), radical; porém era diferente a regra jurídica romana quanto à escrita (L. 9, § 1. D., de *adquirendo rerum dominio,* 41, 1). Influência das regras jurídicas romanas sôbre a furtividade, mas solução própria, com o critério da irreduzibilidade *(media sentencia)* -

§ 25, 1., de regum *divisia* oe, 2. 1. Sem os inconvenientes do § 25, porque se têm os arts. 612, § 2Y, 614 e 612. que correspondem às soluções (A), (B) e (C).

Influência dos juristas que erradamente viram na *bona fides* elemento do suporte fáctico da especificação; mas, no art. 612, § 1ª, 2,a parte, para o caso de não incidir o art. 612, § 2.0, ou o art. 614. Cf. Código Civil austríaco, §415, e suíço, art. 726.

§ 25. 1., de rerum *dlvi* sione, 2, 1; " . . . quodsi partim ex sua materia. partim ex aliena speciem fecerit quisque dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit"".

Combinação da tese procuíciana com a tese da *media sentencia.* Nenhuma influência da teoria sabiniana, nem das legislações hodiernas. Superação da idéia romana de acceasio, nas artes.

A reduzibilidade é sem relêvo para o direito alemao. Outrossim, a boa fé. Foram, no art. 612, criticas ao Código Civil alemáo que o sugeriram. Todos os que abstraem da irredutibilidade ou redutibilidade, com os Praculeianos e.

antes dêles, os Sabinianus. Todos os que abstraem do elemento *bona*

fides, dentre os quais necessàriamente os que veem na especificação ocupação. Código Civil alemão, § 950.

Código Civil alemão, §§947 e 948 (dono da matéria principal; todos os donos da matéria, em proporção).

L. 24. D.. de *adquiren* do rerum *dominio.* 41, 1. que faz continuar, ainda se irredutível.

§ 1.701. (A) Valor do trabalho consideràvelmente maior

1. SUPERAÇÃO ECONÔMICA DO TRABALHO. Metôdicamente, o que mais importa é considerarem-se em primeiro lugar os casos mais simples; e êsses são os dos arts. 612, § 2.0, e 614, que tratam, respectivamente, da especificação em que há trabalho cujo preço excede, de muito, o valor da matéria-prima, e da especificação que se obtém por pintura de tela, escritura e escrita. Diz o art. 612, § 2.0: "Em qualquer caso, porém, se o preço da mão-de-obra exceder consideràvelmente o valor da matéria-prima, a espécie nova será do especificador" -

2. FONTE DO ART. 612, § 2.0, DO CÓDIGO CIVIL. Através de COELHO DA ROCHA *(Instituzções,* II, 333) e de LAFATETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 105), o art. 612, § 2.0, recebeu o art - 571 do Código Civil francês: "Si cependant la main-d"oeuvre était tellement importante qu"elle surpassât de beaucoup la valeur de la matiêre employée, l"industrie serait alors réputée la partie principale, et l"ouvrier aurait le droít de retenir la chose travaillé, en remboursant le prix de la matiêre au propriétaire". A regra jurídica mergulha em sistema que dela começa para reger a especificação. Daí têrmos de expor o direito brasileiro na ordem seguinte: art. 612, § 2.0; art - 614; art. 612; art. 612, § 1.0, *1a* parte; art. 612, § 1.", *2a* parte.

Separou-se, assim, o art. 612, § 2.0, do direito romano (L. 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1), por inserção da regra jurídica do art. 612, § 2.0, em sistema que tem o art. 612.

3. FURTIVIDADE, QUALIDADE FÁCTICA. No direito brasileiro, se ocorre (A) ou se ocorre (B), o ladrão adquire a propriedade, se bem que tenha contra si a ação de indenização fundada no art. 613 e a ação de indenização fundada no art. 159. A furtividade é, aí,

qualidade fáctica (cp. KARL NEUMAIER, Bona fides *ais Erfordernis des Eigentumserwerbs durch Spezifikation,* 47) - Se a lei penal faz perder o ladrão a propriedade da nova espécie, é questão *de lege lata* -

§ 1.702. (B) Pintura, escultura e escrita ou grafia

1. REGRA JURÍDICA ESPECIAL SÔBRE PINTURA, ESCULTURA E ESCRITA. Se o preço da mão-de-obra excede, considerávelmente, o valor da matéria, a espécie nova pertence ao especificador - Pode dar-se que seja inferior ou igual - Ainda assim, é do especificador a *nova species* se se trata de pintura de tela, escultura ou escrita ou grafia - Diz o art - 614: "A especificação obtida por alguma das matérias do art. 62 atribui a propriedade ao especificador, mas não o exime à indenização" - O art - 62 é aquêle em que se enuncia, em má terminologia:

"Também se consideram acessórias da coisa tôdas as benfeitorias, qualquer que seja o seu valor, exceto: 1. A pintura em relação à tela - II. A escultura em relação à matéria-prima. III. A escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima que os recebe (art. 614) **".** "Tela" está, ai, em amplo sentido; e "trabalho gráfico", também, incluindo-se, portanto, qualquer impressão e a gravação de discos -

2. FoNTE DO ART. 614 DO CÓDIGO CIvIL. A regra jurídica do art - 614 põe por princípio, em se tratando de pintura, escultura, escrita ou outro trabalho gráfico (art - 62), o princípio proculeiano em tôda sua inteireza: "hunc dominum essequi fecerit, quis quod factum est antea nuílius fuerat" (L. 7, § *7,* D **-„** *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1) - Os Proculeisnos. haviam superado o princípio de identidade, a despeito da especificação, com que os Sabinianos correspondiam, na solução, à concepção romana, infinitística, dá propriedade, O" sistema jurídico brasileiro fêz da pintura, da escultura, da escrita e dos outros meios de grafia objeto de regramento especial, de modo que o art. 612 e seus §§ 1.0 e 2.0 s?mente incidem quando" não se trata de pintura, escultura, escrita ou outro meio de grafia - O próprio principio de verificação da reversibilidade (L. 24, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1; Código Civil, arts. 611 e 612, § 1.0, 1.a parte) não é invocável.

3. "DE IURE CONDENDO". Contra a solução do art. 614 pode-se argUir que nem todo pintor é mestre como Apeles ou Parrhasius (A. SULZER, *Der Eigentumserwerb durch Specifi kation,* 18 5.; E -

PAGENSTECHER, *Die rõmische Lehre vom Eigentum,* II, 153; SIGF"RID STRAUSS, *Eigentumserwerb durch Specifikation,* 25) e pintura, escultura, escrita ou outro meio de grafia não têm outra existência que a dos componentes materiais, como o pão e o vinho (cp. A - BECHMANN, *Zur Lehre vom Ei~ventumserwerb durch Accession,* 73 s -) - O direito brasileiro vê no trabalho artístico *plus* de psique, que dispensa a verificação de valor consideràvelmente maior e da boa fé do especificador -

§ 1.703. (C) Especificação irredutível, de boa fé

1. TERCEIRA SITUAÇÃO. Se o trabalho é de preço consideràvelmente superior ao valor da matéria-prima, é do especificador a *nova species.* Também dêle é, se consistiu em pintura, escultura, escrita ou outra grafia - Se não ocorre aquêle caso, nem êsse, ainda é do especificador a espécie nova se não é irredutível o produto à forma anterior e o especificador obrou de boa fé, portanto, dada a irredutibilidade e pôsto o problema da propriedade, o Código Civil admite que, se estava de boa fé, tenha o direito de propriedade o especificador. No art. 612, está descrito o suporte fáctico do quarto caso de especificação: "Se tôda a matéria fôr alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa fé a espécie nova~~. Abstrai-se do valor da mão-de-obra e do valor da.

matéria; apenas se mencionam a irredutibilidade e a boa fé.

2. FONTE DO ART. 612 DO CÓDIGO CIvIL. Nas Institutas, 2,1, o principio do § 25, que traduziu o pensamento intermédio, a *media sententia,* após muitas ambigúidad~s dos Sabinianos e dos Proculeianos, apurava a reduzibilidade, ou irreduzibilidade: "si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit" (L. 7, § 7). ~A alusão do art. 612 à boa fé é elemento extra-romano e extra-romanístico? O assunto merece exame, porque a divergência na interpretação do sistema romano data de muito. Pela exigência da *bona lides: II* - FITTING (Die Specification, *Archiv fur die civilistische Praxis,* 48, 335), na esteira de F. DUARENO, HUGO DONELO, A. VINNIUs, W - A.

LAUTERBACH, 5. STRYK,

K. A - UNTERHOLZNER, que refere, W. SELL *(Versuche,* 1, 194 s.), A. voN SCHEURL *(Beitrdge,* 1, 285 s.), K.

SELL *(Romische Lehre der dinglichen Rechte,* 101 s.), E. BOCKING *(Pandekten,* 1, 166 s., com assaz estreito conceito de má fé),

H.

DERNBURG *(Pandekten, ~*, 7.~ ed., 476, 8.~ ed., 346), F - SCHULIN *(tYber einige Anwendungsfãlle der* Publiciana in rem actio, 109 s.), A. SULzER *(Der Eigentumserwerb durch Specification,* 41), K. R. voN

CZYHLARZ (em CHR. FR. GLUCK, Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 340 si, A. STURM *(Die* Bedeutung der RúckfÍ.ihrbarkeit und der *mala lides* ftir (lie Lehre von der Spezification, *Archiv fúr die civilistische Prax is,* 72, 123

s.); A. PARET *(Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Specifikation,* 26 s.). Contra: para só se mencionarem os principais, G. F. PUCHTA *(Pandekten, 9a* ed., 231), K.

A. VON VANGEROW *(Lehrbuch, ~ 7a* ed., § 310,

567 >, A - C - J. SCHMID *(Handbuch,* 1, 172 s.), E. PAGENSTECHER *(Rõmische Lehre vom Eigentum,* II, 11"7-119), A. BRINz *(Lehrbuch,* 1, 2.~ ed., 576 s.), H. LANG *(Handbuch,* 192), A. PERNICE *(Labeo,* II, 149 s., □

2 a ed., 320, que admite ser pressuposto, *no direito comum,* a boa fé), C - G - VON

WÁCHTER *(Pandekten,* II, 139), E - 1. BEKKER *(Das Recht des Besitzes,* 28), E. PFERSCHE *(Privatrechtliche Abhandlungen,* 135 s.) e KARL NEUMAIER (Bona fides *ais Erfordernis des Eigentumserwerbs durch Spezification,* 1 s., 51 s.). Preciso, M - VoIGT *(Die technische Produktion und die beziiglichen rõmischrechtlichen Erwerbstitel,* 634) sustentou não ser a boa fé requisito para a especificação, mas a furtividade da matéria pré-exclui a aquisição da- propriedade e a própria especificação *mala fide* faz furtiva a matéria -

Os textos hão de dar a solução ao problema, que é de interpretação das fontes - Na L - 13, D -*' de condictione furtiva,* 13, 1, PAULO refere: "Disse Fulcínio que se podem reclamar pela condicção os vasos feitos com a prata furtada. Logo, na condicção de vasos também se há de fazer a estimação da cozeladura, que foi feita a expensas do ladrão". Ésse FULCINIO, a que PAULO aludiu, foi Fulcínio Prisco, de que noutros passos se citam opiniões *(e. g.,* L. 3, § 4, D., *de actione rerum amotarum,* 25, 2, e L. 6, pr.; L. 1, § 3), às vêzes junto aos nomes de MELA e ATILICINUS. Na L. 14, § 3, D., 13, 1, JULIANO permite a

condictio em caso de uvas roubadas, assim do mosto quanto do bagulho (nam et mustum et vinacia iure condici possunt). Na L. 4, § 20, D -*' de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, PAULO diz que, se com lá furtada houveres feito vestido, é mais certo que temos de atender à substância, e por isso o vestido será como furtado - Na L. 52, § 14, D., *de furtis,* 47, 2, é de TJLPIANo que, se alguém me houver subtraído massa de prata e houver feito vasos, posso exercer a ação de furto ou a *condio tio* pelos vasos ou pela massa. E insiste-se no exemplo das uvas, do mosto e do bagulho - A luta entre Sabinianos e Proculeianos há de ter sido forte e cheia de confusões, mas a solução sabiniana era a que mais correspondia à concepção romana da propriedade. As ações de furto e da *condictio* fundavam-se naquela; e não há negar-se a contradição entre o conceito de especificação, em cujo suporte fáctico não estava a boa fé, e a mancha da furtividade. Não há meios para sabermos como, na solução dos casos concretos, se sairia o juiz romano, quer na aplicação dos textos de inspiração labeônica (ou proculeiana) e os textos da *media sententia,* que correspondeu à codificação justinianéia.

3. ATITUDE DO CÓDIGO CIVIL. O Código Civil não tornou inadquirível a propriedade da *res furtiva,* em se tratando de especificação conforme o art. 62 (art. 614), ou na hipótese do art. 612, § 2.0. Quando não cabe aplicar-se o art. 612, § 2.0, nem o arE 614, então se verifica a irredutibilidade e a boa fé, que aí se faz suporte fáctico da especificação.

4. BOA FÉ. Discutiu-se se a boa fé do especificador havia de ser a observância de normas éticas, ou se só se apura com os elementos psicológicos do especificador (cf. C. G. BRUNS, *Das Wesen der* bona fides, 75; A. STURM, Die Bedeutung der Riickftihrbarkeit, *Arcl&iv fiir die civilistisch~e Praxis,* 72, 123 s.), mas, em verdade, o que se há de exigir é o elemento fáctico da boa fé.

A referência à boa fé, para se atribuir ao especificador a *nova species,* se irredutível, afastou do Código Civil alemão a solução brasileira. Aliás, *de lege ferenda,* aquêle sofreu críticas *(e. g* -, P - SoKOLowSKI, Die Lehre von der Specification, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* 17, 300 s.; cfr. O. FISCHER, *Das Sachenrecht,* 28, e *Das Problem der Identitãt und der Neuheit,* 60 e 70) - A eliminação do elemento subjetivo, em todos os casos, não seria prudente; nem no seria a exigência dêle. O Código Civil brasileiro estabeleceu a favor do especificador, que não poderia adquirir pela incidência do art - 612,

§ 2.0, ou do art - 614, a aquisição; e contra êle a não-aquisição, no caso do art. 612, § **1.0, 2**a parte.

5. BOA FÉ E MÁ FÉ **NA MESMA PESSOA.** Tanto na situação (C) quanto na situação (D) se pode dar que a mesma pessoa esteja de boa fé perante o dono de certa matéria e não esteja de boa fé perante o dono de outra, ou que, no que concerne a um condômino, esteja de boa fé, e não, no que concerne a outro. A Glosa *Ab aliquo* ao § 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1, já figurava a hipótese (KARL NELJMAIER, Bona fides *ais Erfordernis des Eigentumserwerbs durch Spezifikation,* 33) - Diante dos arts. 612 e 612, § 1.0, 2.a parte, ~como se há de resolver o problema?

Se o especificador só estava de boa fé em relação a um dos donos de matéria, ou em relação a um dos condôminos, sem que haja adquirido por estar na situação (A) ou na situaçáo (B), a irredutibilidade uniformiza a solução: o especificador faz-se condômino da *nova species,* com o dono ou os donos em relação aos quais estava de má fé (art.

612 e art. 616, § 1.0, segunda parte). Se reduzível a espécie nova, o especificador que não tem a propriedade em virtude do art. 612, § 2.0, ou do art. 614, não tem propriedade da nova espécie: incide o art. 612, § **1.0, 1**a parte.

§ 1.704. (D) Especificação redutível, eliminados os três suportes fácticos acima referidos 1. PRIMEIRO CASO DE PROPRIEDADE AO DONO DA MATÉRIA-PRIMA. O dono da matéria-prima s~mente recebe a espécie nova em duas situações: a do art. 612, § 1.0, 1a parte, e a do art. 612, § 1.0, **2**a parte.

Ambas supõem que o especificador não possa invocar uma das três situações antes mencionadas: (A) a do art. 612, §

2.0; ou (B) a do art. 614; ou (C) a do art. 612. Diz o art. 612, § 1.0: "Mas, sendo praticável a redução, ou, quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má fé, pertencerá ao dono da matéria-prima" -Assim, (D), ou não ocorre (A), nem (E), nem (C), e há redutibilidade (= pode-se desfazer a especificação) ; ou não ocorre (A), nem (E), nem (C), e não se pode reduzir o produto, isto é, não cabe (D). mas (E) o especificador estava de má fé: em (D) e em (E), o dono da matéria continua dono do que era seu, reduzindo ou não a

nova species -(Vulgarmente só se considera especificação a alteração, com trabalho, da matéria alheia. E vem isso de longe, de *G* - A. STRUVE, de W. A.

LAUTERBACH, de A - VINNIUS e outros,

sendo repetido até hoje, cf. K. A. VON VANGEROW,

Lehrbuch, **7**a ed., 565, C. O. MÚLLER, *Lehrbueh der Institutioneu,* 185, B. WINDSCHEID, *Lekrbuch,* ~, **9**a ed **-„**

968. As fontes falam de *ex aliena materia apeciem aliquam facere* porque em tais casos é que surgiam os problemas.

A Glosa "vel spicas", ao § 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1, retificava o êrro, pois que se falou de outra hipótese, "ubi dominus specificavit". Referiu-se a isso, incisamente, H - FITTING, Die Specification, *Archiv Ilir die civilistische Prazis,* 48, 150.)

2. FONTE **DO ART.** 612, § 1.0, 1.8 **PARTE, DO** CÓDIGO CIVIL.

A solução (D) é oriunda do § 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1, onde se disse: ---- **.** prevaleceu a opinião intermédia *(media sententia)* dos que estimam que, se a espécie pode ser reduzida à matéria *(si ea species ad materiam reduci possit),* se reputa ser dono quem da matéria o fôra" - A despeito dos defensores, *e - g* **-,** A. SULZER *(Der Eigentumserwerb durch Specification,* 140) e K - R - voi~ **CZYHLARZ** (em CHR. FR. **VON** GLÍYCK, Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 337), só se atendia à reduzibilidade "física", de modo que a obra de arte de bronze cujo valor fôsse consideràvelmente superior ao da matéria, por ser fundível, pertencia ao dono da matéria. O Código Civil brasileiro obvia a êsse inconveniente, primeiro, porque antes de se aplicar o art. 612, § 1.0, 1.8 parte, se tem de verificar se o especificador adquiriu a propriedade por uma das razões dos arts. 612, § **2.0,** 614 e 612. A proposição

"eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat" cai em sistema jurídico que já atribuiu a *nova species* ao especificador em todos os casos em que seria injusta a solução do § 25.

§ 1.705. (E) Irredutibilidade da espécie nova e má fé do especificador

1. **EXAUSTIVIDADE DO REGRAMENTO JURÍDICO.** O legislador

previu tôdas as situações possíveis e deu as cinco soluções que lhe pareceram melhores. Se (A), (B), (C) e (D) não ocorrem, necessàriamente ocorre (E) -

Não há sexta situação - A redução permite que se pense em (D), mas *somente* se qualquer das outras situações não se constituiu. Se há irredutibilidade e estava de boa fé o especificador, sem se poder invocar (A), ou (B), tem êle, segundo (C), a propriedade; se de má fé, não.

2. FONTE DO ART. 612, § 1.~, 2.~ PARTE, DO CÓDIGO CIVIL.

Introduziu-se a má fé como elemento do suporte fáctico da aquisição da *nova species* pelo dono da matéria, o que, rigorosamente, não se passou no direito romano, nem se admitiu nos sistemas jurídicos modernos, exceto no austríaco, § 415, e no suíço, art. 726. Os três sistemas jurídicos deram, porém, soluções diferentes, O Código Civil austríaco, § 415, considera a *nova species* comum ao dono da matéria e ao especificador de boa fé; do dono da matéria, se houve má fé, e daí veio o pensamento do art. 612, § 1.0, 2.8 parte, através de doutrinas anteriores, que viam, erradamente, no direito romano, a boa fé como elemento necessário do suporte fáctico da aquisição da propriedade por especificação (confusão com o pressuposto para não caber a *actio ad exhibendum,* L. 12, § 3, D -‘

ad exhibendum, 10, 4) - No Código Civil suíço, art. 726, deu-se arbítrio ao juiz (arbítrio relativo ou judicial): se o especificador estava de boa fé, pode o juiz atribuir a coisa nova ao dono da matéria, ainda se a indústria é mais preciosa. O juiz julga, então, segundo a equidade - P. TUOR *(Das neue Reeht,* 408) ligava tal pensamento a PAULO, o que não tem base.

No direito brasileiro, o ladrão, adquire a propriedade, ao especificar a coisa roubada, se o valor do trabalho é consideràvelmente superior ao da matéria-prima, ou se a espécie é pintura, escultura, escrita ou grafia, mas fica obrigado a indenizar (art. 613 e 614> - Também no direito alemão o ladrão a adquire (MÃRTIN WOLFF, *Lekrbuch,* III, 228; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 176, com jurisprudência; sem razão, P - KRUCKMANN, Pflichterfullung und Rechtsausubung, *Jherings JahrU~cher,* 65, 232, e Volkswirtschaftliche und sozialpolitische Theorien imn BGB., *Leipziger Zeitschrift,* IX, 888, nota 11). O argumento de que se permite a reivindicação e, em caso de furto ou perda da coisa, a vindicação da posse, de jeito que o ladrão pode

especificar para não restituir é sem grande pêso: teria de pagar a indenização; se não tem outros meios, sofre a execução nessa propriedade mesma que adquiriu - O

crime está no ato de roubar ou furtar a matéria; não, na especificação mesma.

§ 1.706. (F)Matéria-prima só em parte alheia e irredutibilidade

1. PLURALIDADE DE DONOS. A matéria-prima pode ser de um só, ou de dois ou mais donos; em vez de uma só matéria, pode acontecer que haja duas ou mais matérias, de diferentes donos. O art. 611 estatui: "Aquêle que, trabalhando em matéria-prima, obtiver espécie nova, desta será proprietário se a matéria era sua, ainda que só em parte, e não se puder restituir à forma anterior". "Forma" está, ai, por *mesma* espécie. A opinião não era assente: havia *a)* os que abstraíam da irredutibilidade, de jeito que entendiam pertencer ao dono

-especificador a *nova species,* ainda que se pudesse reduzir à anterior espécie (F. DUARENO, J. VOET, 5- STRYK, A. F. J. THIBAUT, K. SELL, CHR. F. MÚHLENBRUCH, F. L. VON KELLER,H. FITTING, B. WINDSCHEID, desde a **2**~a ed. até a **9**.a); *b)* os que somente entendiam incidir a regra jurídica a favor do especificador dono de parte da matéria, ou das matérias, se irredutível a *nova species* (A. VINNIUS, ao § 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1, de onde, aliás, seria difícil tirar-se; G. A. STRUVE, *S~ntagma iurisprudentiae,* e. 91, § 38, K. A. VON VANGEROW)

-O Código Civil seguiu a interpretação que não era a mais acertada, para o direito romano, mas, *de lege ferenda,* é a melhor. A lição que inspirou a doutrina anterior e o Código Civil foi a de A. VINNIUS *(In IV Libros Institutionum imperat. Commentarius,* 1, 183: "Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inspiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci possit, necne"), que aludiu (1, 185) à ação *in factum* quanto a estimação do que é do outro dono e àexceção *dou mali,* que levaria a reivindicação do que lhe pertencia, se reversão à espécie anterior coubesse -

2. OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS. O Código Civil francês, art. 572, supõe a irredutibilidade, mas adota a comunidade de propriedade, "en raison, quant à l"un, de la matiêre que lui appartenait, quant à l"autre, en raison *à* la fois et de la matiêre qui lui appartenait, et du prix de sa main-dk~uvre" -Cf. chileno, art. 662, 4~a alínea - O Código Civil

japonês, art. 246, **2.8** parte, atribui a *nova apecies* ao especificador se a sua parte na matéria é maior. Em direito alemão, se há pluralidade de donos da matéria-prima, ou das matérias-primas, a propriedade é do dono da matéria principal, ou de todos, na proporção dos valores (§§ 947 e 948) -

Nenhum dos sistemas jurídicos podem concorrer para esclarecimento do texto brasileiro, que tem outra inspiração -

§ 1.707. Continuidade e discontinuidade da propriedade

1. MATÉRIA E NOVA ESPÉCIE. Se a nova espécie exsurgiu, nova propriedade há; porque o objeto é nôvo -

Somente temos a considerar a redutibilidade ou irredutibilidade da espécie nova à espécie ou espécies velhas. A regra é a irreversibilidade, devido a unidade nova, que está à base da *nova species.*

Se o especificador é dono de tôda a matéria, ou se o dono ou donos da matéria ou das matérias ficam com a *nova species,* o que importa é a irredutibilidade -

2. EXAME DAS DIFERENTES AQUISIÇÕES DA PROPRIEDADE. Se o proprietário da matéria fica com a *nova species,* por ser praticável a redução, conforme o caso D, a propriedade é a mesma (~ continua) - Se, porém, o proprietário fica com a coisa, por ter estado de má fé, ao especificar, o especificador, embora irredutível a especificação, há nova coisa, que fêz desaparecer a anterior (sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 412; J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 230, ainda no direito alemão, no qual o valor é que decide, aliás com jurisprudência contrária) - O continuar ou não o direito de propriedade é independente de vontade contrária, que seria ineficaz, porque as regras jurídicas a respeito são cogentes, por emanarem, embora inescritas, de princípios básicos do direito das coisas.

H. FITTING (Die Specification, *Archiv fitr die civilistische Praxis,* 48, 149 s., 328 e 333, nota 16) não considera a mesma a propriedade da *nova species* reduzível: a propriedade da nova espécie, ainda se reduzível e sem mudança subjetiva, seria *ex novo,* porque o conceito de espécie nova é independente do elemento de reduzibilidade.

Repetiram-no muitos juristas -iMas a opinião foi combatida por A - SULZER *(Der Eigentumserwerb durch Specification,* § 1, nota 14), que sustentou não haver mudança, sempre, se a propriedade ficasse ao dono da matéria.

O texto que nos importa é a L. 24, D., *de adquirendo rerum domiflio,* 41, 1, onde PAULO diz que, no tocante a tôdas as coisas que se podem reduzir a sua mesma espécie, se, subsistindo a matéria, só se houver mudado a espécie, como se com bronze meu houvesse feito estátua, ou com prata feito taça, continuo dono dessas coisas: "In omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt, dicendum est, si materia manente species duntaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere" -O *manere* é expressivo. Seria a mesma a propriedade, ainda se irredutível. Na L. 44, § 2, D., *de legatis,* 30, tem-se apenas interpretação de vontade do testador. A L. 18, § 3, D., *de fpigneraticia actione nel contra,* 13, 7, contém interpretação de negócio entre vivos -

Tudo faz crer que se tinha a propriedade como em continuação, devido ao "infinitismo" da concepção romana da propriedade, ainda se irreversível ("quae ad eandem speciem reverti non possunt"). Não é essa a solução do sistema jurídico brasileiro, em que a reduzibilidade, a *reveraio ad eandem speciem,* pode interessar a terceiros e é elemento que pode ter decidido da especificação por outrem (art. 612, § 1.0, **1**a parte) -

Com a aquisição da propriedade da nova espécie extinguem-se os direitos reais sôbre a matéria-prima, ou sôbre as matérias-primas. No direito brasileiro, os direitos reais sõmente não se extinguem se a propriedade continua, por ser praticável a redução. Para o direito alemão, cf. J. BIERMANN *(Sachenrech,t,* 230) e G. PLANCK *(Kommentar,* III, 414 s.); ep. E. RIEZLER *(Venire contra factum proprium,* 162 s.).

§ 1.708. Indenizabilidade

1. CONTEÚDO DOS ARTS. 613 E 614 DO CÓDIGO CIVIL.

O que perde a matéria há de ser indenizado, indenização, essa, que não se funda em reparação de ato ilícito, porque ainda que licitamente se dê a especificação, tem o dono da matéria direito, pretensão e ação para haver a indenização. A prescrição da pretensão rege-se pelo art. 178, § 10, IX. O especificador tem direito, pretensão e ação de indenização na situação (D), se de boa fé. Quanto à situação (E), não:

estava de má fé - O dono da matéria, que não pode reduzir a *nova species,* pode ter sofrido prejuízo, por valer menos o que o especificador obteve do que valeria a matéria-prima com que trabalhou. Então, a ação que tem o dono da matéria-prima é a do art. 159 do Código Civil. Tal o que se tira do art. 612, § 1.0, e do art. 613, que diz: "Aos prejudicados nas hipóteses dos dois artigos precedentes, menos a última do art - 612, § 1.0, concernente à especificação irredutível obtida de má fé, se ressarcirá o dano, que sofrerem". Completa-o o art. 614: "A especificação obtida por alguma das maneiras do art - 62 atribui a propriedade-ao especificador, mas não o exime à indenização" -

2. DESLOCAÇÕES PATRIMONIAIS. Com a especificação, se a matéria não foi do especificador, deu-se, necessariamente,. deslocação patrimonial, pôsto de lado o caso da espécie nova feita com *res nuilius.* O prejudicado com o deslocamento patrimonial teria, sem invocação do art. 613, a ação de enriquecimento injustificado, se satisfeitos os pressupostos (arts. 964--971, sendo relevante o art. 970), ou, se há ato ilícito no ato especificação, a ação de indenização segundo o art - 159 -O Código Civil, no art - 613, abstrai das duas ações cabíveis e estabelece pretensão à indenização dos danos sofridos, independente de culpa e de pressuposto de enriquecimento injustificado: indenizam-se os danos, objetivamente, salvo no caso de especificador de má fé -

Para se obter o ressarcimento do valor objetivo da vantagem, que proveio da deslocação patrimonial, a ação é a de enriquecimento injustificado, e não a do art. 613.

A prescrição da ação pela indenização de que trata o art. 613 é a do art. 178, § 10, IX.

3. "JUS TOLLENDI" E PRETENSÃO A TOLER. Se o especi ficador não se tornou proprietário, em virtude do art.

612,

§ 2.0, ou do art. 614, e a matéria-prima é suscetível de redução, tem o proprietário *ius toliendi* ou pretensão a toler, se a

especificação foi mediante matérias-primas de diferentes donos -Se a peça está na posse do especificador, ou de outro proprietário, há a *pretenSão a toler,* isto é, a pretensão dirigida a que se tolere a retirada da parte - O

especificador que não tem a propriedade tem o *ius toilendi* ou a pretensão a toler, desde que não esteja na situação (E), vale dizer na situação de especificador de má fé -Além do papel geral, corriqueiro, que a especificação exerce, e não deixa de ser o seu em qualquer circunstância, tem ela o que está à base de certos trabalhos de que provêm a propriedade intelectual e a industrial ou somente uma delas. No Tomo XVI, teremos ensejo de mostrar como se separam e de certo modo se superpõem a propriedade do bem corpóreo, que se obteve por especificação, e a propriedade do bem incorpóreo, que corresponde aos direitos autor~is de exploração e aos direitos industriais de exploração. Por vêzes ficam diante de nós direitos de personalidade, direitos de nominação, direito de propriedade do corpóreo, direito de propriedade do incorpóreo intelectual e direito de propriedade do incorpóreo industrial, por exemplo, *a propósito do mesmo desenho industrial,* que coincide ser obra de arte, assinada, pertencente a A (que comprou o original) e ser propriedade industrial de B, que, satisfazendo os pressupostos legais, o registou, tirando patente -

Bastaria o que acima dissemos para se pesar tôda a importância do direito mobiliário, em seus princípios fundamentais, lamentàvelmente descurado pelos tratadistas e autores de cursos. O estudo sistemático do direito real sôbre o bem corpóreo e do direito real sôbre o bem incorpóreo ganha em ser feito entrosadamente, de modo que ambos se enquadrem no Sistema jurídico e nêle se apresentem como corpo lógico sem defeitos -

Entre a propriedade sôbre bem corpóreo e a propriedade sôbre bem incorpóreo, há de ser versado o assunto da propriedade da emprêsa, fato em que se estabelece coesão entre bens corpóreos e incorpóreos, tal, que não pôde o direito deixar de atender ao que o mundo fáctico lhe trazia - Aliás, em sistema jurídico que contém a regra jurídica do art - 57, mais fácil foi tal atitude do que em sistemas jurídicos provindos de cópias~ impensadas -

Assim, no Tomo XVI, ainda teremos, por vêzes, de nos referir à especificação e à *nova species,* precisando-lhes, em aplicações teóricas e práticas, os respectivos conceitos –

CAPITULO V

ACESSÃO (ADJUNÇÃO)

§ 1.709. “Accessio” e suas espécies

1. **CONCEITOS.** Se uma coisa se une a outra, por *accessio,* passando a ser parte integrante dessoutra, perde o ser coisa independente, como objeto de direito - Só há, então, um direito de propriedade, porque só há um bem móvel -

Em direito romano, a propriedade da coisa acedida como que persistia, esmaiada, e no estado de latência, em que se quedava, ressurgia, logo que se separasse do mais a parte acedida - No sistema jurídico brasileiro, não - A propriedade das coisas que se tornaram partes integrantes desaparece, pois que alguém adquiriu o todo; se foi outrem que o dono, a separação não restitui a coisa ressurrecta ao que era dono dela - Êsse ponto é extremamente importante, porque frisa existir momento a que não mais se volta - Não assim se acessão não houve, mas apenas união desfazível sem deterioração (cf - E - RABEL, *Grundzúge dês rõmischen Privatrechts,* 442 5.; PIETRO

BONFANTE, *Corso di Diritto romano,* II, *2,* 68 s.). Todavia, sôbre os arts - 46 e 49, cf. Tomo II, § 125, 3.

Na acessão ou adjunção, a coisa se junta a outra sem que haja especificação - Se há especificação, a figura jurídica é outra e diferentes as regras jurídicas sôbre aquisição da propriedade. (Os Romanos não tinham regra jurídica geral como a do art. 614, mas subentendia-se a regra jurídica do art. 617.)

O que se empregou em restauração, ou consêrto, acede. Não se há de confundir consêrto ou restauração com a adaptação da coisa a algum fim (não se forraram a isso E. HÓLDER, *Kommentar,* 1, 214, e FRITZ PAECH, *Bestandteil und Zubehór,* 20; certo, H - TOBIAS, Eigentumserwerb durch Verbindung, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 94, 392), mas ambas podem suscitar acessão e, de regra, a suscitam.

2. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR “ACCESSIO”. A acessão (ou adjunção) só é modo de aquisição, prôpriamente dito, se uma das coisas se pode considerar principal (Código Civil, art. 615, § 2.0: “Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros”) ou na espécie do § 1.0. No segundo caso, há substituição definitiva do direito de propriedade exclusivo pelo condomínio (art. 615 e § 1.0) ; no primeiro, substituição definitiva por um só direito (art. 615, § 2.0), talvez substituição com

direito formativo gerador a favor do dono de boa fé (art. 615, § 2.0) - Diz o art - 615: “As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas, ou ajuntadas, sem o consentimento dêles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração” - Se a separação se pode operar sem deterioração (~ sem considerável ofensa), cada dono continua de o ser *do todo,* podendo exercer a ação de reivindicação, precedida da exibitória, e, evidentemente, a ação principal de exibição -Nenhuma coisa se incrustou, se fundiu, ou se absorveu na outra, de modo que pudesse resultar *accessio,* ou *specificatio* -O art. 615 funciona no sistema jurídico como pré-excludente de qualquer regra jurídica sôbre acessão: é como se dissesse “não há acessão; portanto, tudo continua, juridicamente, como era -

No art. 615, §§ 1.0 e 2.0, cogita-se da *accessio,* sem que se distingam a acessão com boa fé e a acessão de má fé.

Êsse ponto é assaz relevante, para que o seu conhecimento evite que se atribua ao art - 616 alcance que êle não tem -

Temos, pois: *(a)* na espécie do art. 615, não há *accessio; (b)* na espécie do art. 615, § 1.0, há *accessio,* sendo A perdente de quota na coisa *a* e ganhante de quota na coisa *b* e B perdente de quota na coisa *b* e ganhante de quota na coisa *a; (c)* na espécie do art - 615, há *accessio,* sendo A ganhante de *b* e B perdente de *b; (d)* na espécie do art. 616, nasce a B, se A estava de má fé, direito formativo gerador para escolher entre perder a parte indivisa na coisa, conforme *(b),* e ficar com a coisa, indenizando, ou entre *(c)* e ficar com a coisa.

3. AcEssÃo E ESPECIFICAÇÃO. Ao fato jurídico *stricto sensu* da acessão pode juntar-se ato volitivo dos proprietários (negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* ou ato jurídico ilícito) - A técnica jurídica, sem deformar o fato da *accessio,* que é fato jurídico puro, tem de distinguir as espécies: se a conjunção foi com o consentimento de todos os interessados, que fixaram as quotas da comunhão (fora do art - 615, § **1.0),** ou a propriedade de alguém (fora do art. 615, § **2.0),** é isso o que se dá, porque houve tradição das coisas (arts - 620-622; L. 7, § 8, e L. 25, D., *de adquirendo rei-um dominio,* 41, 1; L. 5, pr **-,** D **-,** *de rei vindicatione,* 6, 1); se alguém provocou ou permitiu a confusão, adjunção ou mistura, de má fé, há as consequências previstas no art. 616.

Tôdas essas regras jurídicas só se referem às espécies em que da conjunção não resulta *nova species* - Daí falar-se de

"mistura" (arts - 615, § **1.0,** e 616), de "agregado" (art. 615, § 1.~), e "todo" (arts. 615, § **2.0,** e 616). "Se da mistura de matérias de natureza diversa", disse o art - 617, "se formar nova espécie, a confusão terá a natureza de especificação para o efeito de atribuir o domínio ao respectivo autor" - O ato humano insere-se, de modo que se tem, aí, ato-fato jurídico, e não fato jurídico *stricto sensu.* Tal o caso do navio, "quia aliud sit materia, aliud navis" (L. 18,

§ 3, D., *de pigneraticia actione vel contra,* 13, 7; L - 26, pr -„ D., *de adquirendo rei-um dominio,* 41, 1; sôbre êsse ponto, inexcedido, H. **FITTING,** Die Specifikation, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 48, 16 s - e 354 s.).

§ 1.710. União sem e com acessão

1. CÓDIGO CIVIL, **ART.** 615. Se a separação é possível sem deterioração apreciável, acessão não houve. O dono da coisa que foi unida à outra, *e. g.*, o espelho de cristal que se pôs no -encaixe pertencente a outrem, tem pretensão a que se exibam as coisas unidas para que se separem - A ação *ad exhibendum* é, então, preparatória da ação de reivindicação -

2. CÓDIGO CIVIL, **ART.** 615, §§ 1. < > E 2.0. Se houve a acessão, não há pensar-se em ação *ad exhibendum* **(PAULO,** L 23, § 5, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, interpolado em parte); pôsto que se possam, na espécie do art. 615,

§ 2.0, pedir a vistoria e a avaliação dos prejuízos Somente temos de tratar da acessão de móvel a móvel. A acessão pode ser íntima, ou não-íntima. Aquela torna inseparáveis as partes, sem completo ou sem grande deterioramento.

Essa é união que só se desfaz com deterioração *(accessio),* ao lado das aproximações, que apenas ajustam sem ligação.

3. MÍNIMO DE FIXIDEZ. Não se pode determinar, em geral, o grau de fixação que é preciso para a acessão; nem se pode proscrever, radicalmente, a opinião dos que vêem no pêso elemento fáctico bastante para a fixação (assim, MAx GOLDE, *Bestandteil und Zubehor,* 6; O. FRANCK, *t~ber deu Umfang und die rechtliche Bedeutung des Zubehõrs,* 14 s.), ou têm por suficiente o engate, pôsto que não baste o fazer-se pertença (PAULO ALBRECHT, *Die rechtliche Behandlung der*

Sachen des § *95 BGB.,* 12).

4. "RES REI CEDIT". A acessão supõe objeto a que outro objeto se une a ponto de desaparecer. O conteúdo da relação fáctica de dependência é assaz variável, devido à natu-. reza das próprias coisas ligáveis por acessão. E"

inconfundível tal relação com a de pertinencialidade (cf - A - BECHMANN, *Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession,* 9), de que se tratou nos Tomos II, §§ 132, 2, 143-149, 235, 5, e XI, §§ 1.182, 5, 1.183-1.189 - Na ciência dos juristas romanos, as expressões "res rei cedit" e "in accessionis locum cedit" nem. sempre se empregaram em sentido preciso - O princípio "Accessio cedit principali" também não se restringiu a conteúdo exato. Em todo caso, na L. 19, § 13, D., *de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis,* 34, 2, não tem o sentido que nos interessa: há a *maior species,* porém não fica outra espécie, em tal relação de dependência fáctica que aceda àquela *(ut accessio cedat pi-incipali).*

5. **DINHEIRO.** Os arts. 615-617 também incidem se o bem móvel é dinheiro **(MARTIN WOLFF,** *Lehrbuch,* III, 226) -Quanto ao direito romano, a solução era outra (L - 78, D **-„** *de solutionibus et liberationibus,* 46, 3): se B

misturasse dinheiro de A e seu, pagando a C, A não teria ação contra C, porque o dinheiro se misturara.

6. **NATUREZA DO FATO JURÍDICO DA ACESSÃO.** A adjunção ou acessão de móvel a móvel, como a de móvel a imóvel, ou de imóveis entre si, é fato jurídico *stricto sensu* (Tomo II, § 159, *in tine).* Note-se a diferença entre ela e a especificação, que é ato-fato jurídico - Na adjunção, como na confusão e na comistão, ato, *se houve,* não se leva em conta, se bem que se possa ter de considerar a principalidade - Foi possível ao sistema jurídico referir-se à boa fé e à má fé, tratando-se de especificação, que é ato-fato, não assim a respeito de adjunçáo, confusão e comistão, exceto para a incidência do art - 616.

Porque a adjunção não é ato-fato jurídico, tôda inquirição de elemento subjetivo seria impertinente. Porque não é negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu,* não seria de levar-se em conta incapacidade absoluta ou relativa ou vícios de vontade de qualquer dos proprietários. Tão-pouco, as próprias inalienabilidades.

A acessão pode dar-se sem qualquer vontade, ou conhecimento dos donos das coisas, e até contra a vontade de qualquer dêles ou de todos

(O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 174) - Se interveio ato humano e *nova species* exsurgiu, trata-se de especificação - O art. 617 disse: "Se da mistura de matérias de natureza diversa se formar nova espécie, a confusão terá a natureza de especificação para o efeito de atribuir o domínio ao respectivo autor". Ai, falou-se de confusão; mas, a propósito da adjunção, o princípio é o mesmo (J - **BIERMANN,** *Sachenrecht,* 225) -

§ 1.711. Acessão entre coisas equivalentes

1. ACESSÃO SEM **PRINCIPALIDADE DE QUALQUER DAS COISAS.**

Se nenhuma das coisas se há de ter como principal *e houve acessão* (não é possível a separação, ou seria excessivamente dispendiosa), "subsiste indiviso o todo". Entenda-se: passa a haver condomínio, em vez de pluralidade de coisas com diferentes proprietários - O que subsiste é o todo, objetivamente, indiviso: fêz-se indiviso; continua indiviso. Em vez de A ser dono de *a,* B, de *b,* e C, de *c,* A tem parte em *abc,* B tem parte em *abc* e C tem parte em *abc,* proporcionalmente aos valores de a, *b* e *c.* E‟ isso o que diz no art. 615, § 1.0: "Não o sendo", isto é.

não sendo possível separá-las sem deterioração, "ou exigindo a separação dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa, com que entrou para a mistura ou agregado". O valor das coisas é aquêle que elas tinham ao tempo da acessão. ~ Se não é possível determinar-se a proporção dos valores ~ Incide o art - 639 que faz presumir-se, no condomínio, o valor igual dos quinhões? Sim, se nenhum dos valores é determinável; se algum o é, acha-se a relação entre êsse valor e o valor do todo, os outros quinhões é que se entendem iguais entre si –

Na espécie do art. 615, § 1.0, os direitos reais sôbre as coisas acedidas permanecem: passam a gravar o todo, com os graus que tinham.

2. COMUNHÃO. A relação jurídica que se estabelece é a de condomínio da coisa, que é uma só, devido a inseparabilidade absoluta ou relativa (art. 615, § 1.0, *verbis* "não o sendo, ou exigindo a separação dispêndio excessivo") -

§ 1.712. Acessão a coisa principal (Código Civil, art. 615, § 2.0)

1. **PRINCIPALIDADE DE UMA DAS COISAS.** No art. 615 § 2.0, supõe-se que uma das coisas sei a principal, para se atribuir ao dono dessa a propriedade do todo, com o dever de indenizar. ~ Quando se há de reputar

"principal" uma das coisas? Os juristas romanos tinham como coisa principal aquela que, se não tivesse havido a acessão, seria a mais parecida com a que resultou da acessão (SÉRVIO e LABEÃO, na L. 26, D -„ *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1: .... - in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fuícrum, navi tabula. - .“; L. 29, § 1, D., *de auro argento mundo oriulmentis unguentis veste veZ vestimentis et statuis legatis,* 34, 1; et.).

2. ACESSÃO COM PRINCIPALIDADE DA COISA. Se há acessão (não é possível separar a coisa acedida sem deterioração, ou sem excessivo dispêndio na separação), e uma das coisas é principal, o dono dela é dono do todo (art. 615, § 2.0:

"Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros").

Os direitos reais sôbre a coisa principal passam a gravar o todo - Extinguem-se, porém, a Propriedade e os direitos reais sôbre a coisa acedida.

Hoje, se uma das coisas há de ser considerada principal, di-lo a concepção do tráfico. Ora é elemento determinante a relação de valor, ora a de tamanho, ora a de estruturação, ora o fato de ser uma delas que dá nome ao todo, ora o número de peças para a construção (casa de madeira em dez peças, de que só uma pertence a B). *Principale trahit accessionem.* Se A pregou no álbum de selos pertencente a B, ou alguém pregou, sêlo de A, ou o sêlo lá pôsto, se colou ao álbum, B adquire, por acessão, o sêlo de A (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 226; F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* 544, nota 15; G. PLANCK, *Komrnentar,* III, 408; sem razão: E - HEILBORN, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung,* 114; H. TOBIAS, Eigentumserwerb durch Verbindung, *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 94, 371; FRITZ SCHULZ, System des Rechts auf den Eingriffserwerb, 105, 362).

3. AQUISIÇÃO E INDENIZAÇÃO. A aquisição por acessão, no caso de haver coisa principal, é independente da solução da dívida de indenização, que nasce no momento mesmo da adjunção. A prescrição da pretensão é a do art.

178, § 1.~, IX, do Código Civil -

4. PINTURA, ESCULTURA, ESCRITA OU OUTRO TRABALHO GRÁFICO. O direito romano não chegara à generalidade dos arts. 614 e 62 do Código Civil. As telas eram objeto de *ius singulare,* se entendemos que o direito era o que se dizia na L. 9, § 2, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1 (cf. § 34, 1., *de rerum divisione,* 2, 1), em vez do que expendia PAULO, na L. 23, § 3, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, que dava ao proprietário da tábua com pintura a *utilis rei vindicatio* - O direito civil brasileiro generalizou o *ius singulare* (arts. 614 e 62) -Mais ainda, deu tratamento especial à pintura, à escultura, à escrita ou outro trabalho gráfico, ainda como modo de aquisição por especificação (cp. o art. 614 com os arts. 611-613)

§ 1.713. Direito formativo gerador, segundo o Código Civil, art.. 616

1. CONTEÚDO DO ART. 616 DO CÓDIGO CIVIL. Diz o art. 616: “Se a confusão, adjunção ou mistura se operou de má fé, à outra parte

caberá escolher entre guardar o todo, pagando a porção, que não fôr sua, ou renunciar as que lhe pertencerem, mediante indenização completa" - No Código Civil português, art - 2.300, lê-se: "Se a confusão tiver sido sido feita de má fé, e a coisa puder ser separada, sem padecer detrimento, será restituida a seu dono com perdas e danos". No parágrafo único: "Se, porém, a coisa não puder ser separada, sem padecer detrimento, será obrigado o autor da confusão a restituir o valor com perdas e danos, quando o dono da coisa confundida não quiser ficar com ambas as coisas adjuntas, pagando ao autor da confusão o valor da que lhe pertencia". (Para o legislador português, confusão abrange adjunção, confusão e comistão.) No direito português, não há, apenas, direito, pretensão e ação para haver o valor mais perdas e danos, há, também, o direito formativo gerador: pode o dono da coisa acedida exercê-lo, em ação adequada - LUIS DA CUNHA GONÇALVES *(Tratado de Direito Civil,* 11, 744) parece não ter apanhado a riqueza interior do art. 2.300 e seu parágrafo único: reproduziu, por outras palavras, o que êle enuncia, sem a construção jurídica da regra do art. 2.300, parágrafo único -No Código Civil espanhol, art - 379, alínea a, o dono da coisa acedida "tendrá derecho a optar entre que aquél le pague s 2

u valor o que la cosa de sua

pertenencia se separe, aunque para ello haya de destruir la principal; y en ambos casos, además, habrá lugar a la indemnización de dafios y perjuicios". A regra jurídica espanhola não tem o mesmo conteúdo que a do art. 616 do Código Civil brasileiro, ou a do Código Civil português, art. 2.300, parágrafo único. A alternação é entre a indenização do valor e o toler a coisa acedida, ainda que destrua a outra. No Código Civil argentino, art. 2.596, estatui-se: "El duefio de la materia empleada de mala fe puede pedir que se le devuelva en igual especie y forma, cantidad, peso ó medida que la que tenia, ó que asi se avalore la indenización que se lhe debe". A regra jurídica é concebida no plano do direito das obrigações; não mais -

2. DIREITO BRASILEIRO. O direito formativo, que exsurge do texto português e do texto brasileiro, é típico: ou a prestação indenizatória, que se há de pedir em ação pessoal (sem se precisar de "renunciar", porque a palavra, no art.

616, é inoperante) ; ou o exercício do direito formativo gerador, que se funda no art. 616, *verbis* "guardar o todo, pagando a porção, que não fôr sua". A acessão opera-se no mundo fáctico, entra no mundo jurídico e do fato jurídico *stricto sensu* da acessão emana a aquisição

da propriedade comum mobiliária, segundo o art. 615, § 1.0, ou da propriedade exclusiva mobiliária segundo o art. 615, § 2.0, independentemente de qualquer elemento subjetivo -

Todavia, se houve má fé, a propriedade do dono da parte, que se achava de má fé, está exposta ao direito formativo gerador de que fala o art. 616.

O exercício do direito formativo gerador é em declaração de vontade ao outro dono da coisa ou ao único dono, na espécie do art. 615, § 2.0. A ação pode ser com citação do condômino ou dono que estêve de má fé, precedendo a ação de exibiçao, se o autor não tem elementos probatórios suficientes do valor da coisa a que acedera a sua, a fim de ser feito o depósito.

Se o que sofrera a acessão de má fé *quer* receber o quanto indenizatório, o seu direito formativo é *extintivo* da propriedade, que tem e exerce. A ação *ad exhibendum,* preparatória, serve-lhe à fixação do preço que pede -

Se o que sofrera com a acessão de má fé *quer* adquirir a coisa tôda (art. 615, § 2.0), ou a outra quota (art. 615,

§ 1.0), o direito formativo, que tem e exerce, é *gerador* - A opção, no direito brasileiro, é entre dois direitos formativos, um extintivo e outro gerador **-** ~ *Quid iuris,* se a acessão se fêz com a aquisição da coisa pelo dono da coisa principal? E‟ a espécie do art - 615, § **2.0.** A propriedade, no momento da acessão, passa ao dono da coisa principal, que fica, por isso, com o débito da indenização. Se estava de má fé, o outro dono pode optar pela aquisição da quota do dono da coisa principal, prescindindo da indenização a que se refere o art. 615, § 2.0, *ou* recebe a indenização - Aí somente há um direito formativo, que é direito formativo gerador.

O que importa é que se atenda ao exato conteúdo do art. 616: a)

O todo pertence aos donos dos elementos (art.

615, § 1<». ou a um dêles (art. 615, § 2.0); e o dono que não foi o de má fé tem o direito formativo gerador para haver a outra parte (art. 615, § 1.0), ou o todo (art. 615, § 2.0). *b)* Se o todo passou ao que foi vitima da má fé, tem êle de indenizar.

CAPITULO VI

CONFUSÃO E COMISTÃO

§ 1.714. Os dois conceitos

1.TERMINOLOGIA. Como as fontes romanas, o Código Civil brasileiro alude e, melhor do que elas, distingue a confusão *(confusio)* e a comistão *(commixtio)* - Pela confusão como pela comistão coisas de diferentes donos tornam-se massa única. O fato dá-se a cada momento com coisas do mesmo dono, mas somente se há dois ou mais donos das coisas confundidas ou misturadas é que tem relevância o fato jurídico, como modo de se adquirir a propriedade.

O sentido de confusão, nos arts. 615-617, é o de união de coisas, com prejuízo da unidade corpórea (líquidos da mesma espécie e qualidade, ou de diferentes espécies e qualidades, engarrafam-se no mesmo recipiente; ou se derramam; corpos sólidos dissolvem-se juntos; corpo sólido solúvel cai em líquido) - O sentido de comistão é a mistura de corpos áridos, desde que não percam a integridade corporal -

O Código Civil edictou regras jurídicas para a adjunção, a confusão e a comistão, sem quaisquer particularidades. A doutrina é que há de mostrar os elementos dos suportes fácticos de cada uma das regras jurídicas segundo se trate de adjunção, confusão ou comistão. No direito comum, enquanto, na *confusio,* se estabelecia o condomínio, a mistura de corpos sólidos, a *commixtio,* não alterava as relações jurídicas de propriedade -

2.REGRAMENTO JURÍDICO UNIFORME. Diz o ar.. 615: “As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, miaturadas ou ajuntadas, sem o consentimento dêles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração”. O § 1.0: “Não o sendo, ou exigindo a separação dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa, com que entrou para a mistura ou agregado” -

E o § 2.0: “Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros” -

A tradição romanística persistiu no Código Civil. A confusão, a mistura ou a adjunção, a que se pode obviar (=

sendo possível separar-se o que se confundiu, misturou ou ajuntou), não produz acessão. Se não se lhe pode obviar, isto é, se não é

possível, sem dano (= deterioração), separar as coisas confundidas, misturadas ou ajuntadas, então intervém o critério econômico: ou tôdas as coisas, a despeito da diferença de valores, são sem relação em que uma se possa considerar acima das outras, econômicamente, ou segundo a concepção do tráfico; ou uma o é - No primeiro caso, a confusão, mistura ou adjunção suscita a aquisição *pro indiviso* do todo, em quotas proporcionais ao valor de cada coisa ou coisas pertencentes ao mesmo dono; no segundo, dono é apenas o que o era da coisa econômico-prevalecente, nascendo-lhe, porém, o dever de indenizar os outros que perderam a propriedade -Pode acontecer queo agente ou um dos agentes ou alguns dos agentes da confusão, comistão ou adjunção tenha estado de má fé no provocá-la, ou permiti-la; então, o que estêve de boa fé ou os que estiveram de boa fé podem escolher: ou ficam como o agregado, indenizando o outro ou outros comuneiros, ou *perdem* propriedade do que era seu e, pois, afastam a propriedade *pro indiviso,* mediante completa indenização (art. 616: “Se a confusão, adjunção ou mistura se operou de má fé, à outra parte caberá escolher entre guardar o todo, pagando a porção, que não fôr sua, ou renunciar a que lhe pertencer, mediante indenização completa”.)

A conjunção que acarreta inexistência de alguma coisa impede, por definição, que se restabeleça a coisa que era -

Com ela perdeu-se a propriedade - Tem-se de atender a que pode alguém ter adquirido a propriedade originàriamente, é certo, mas com diminuição do patrimônio de outrem - Nasce, então, o dever de indenizar, do lado do ganhante da acessão, e o direito à indenização, do lado do perdente - A acessão não depende da indenização; o direito e o dever de indenizar são efeitos da acessão, fato jurídico *stricto sensu,* ainda quando àsua base tenha havido ato humano consciente - Se ninguém perdeu a propriedade, então ocorreu a *communio,* e cada dono das coisas confusas, misturadas ou ajuntadas é dono do todo, *iuro indiviso* e por quotas -

1.CONFUSÃO

§ 1.715. Generalidades

1. CONCEITO. A *confusio* a que aqui havemos de referir-nos é a confusão *de coisas,* e não a confusão *de direitos* ou *de deveres, de pretensões, de obrigações* ou *de ações* - Estamos no mundo dos objetos de direito, e não no mundo das relações jurídicas - Não há só

comistão, ou mistura de coisas áridas; há a *confusio,* a fusão com outra coisa - Para a acessão, é preciso que haja certa firmeza, porque a união é mais consistente do que na comistão e semelhante àque se observa na confusão - O estar junto, na acessão, supõe união, e não acidental aproximação, ou passageiro ajustamento (cf. FRITZ KUNZE, *Bestandteile und Zubehõr,* 16) - O grau de ligação a concepção do tráfico aponta-o; e tal concepção não pode satisfazer-se com a comistão para indicar acessão, nem bá de exigir a figura da confusão

- As coisas, na acessão e na confusão, passam a ser partes integrantes (cp. MAx GOLDE, *Bestandteil und Zubehor, 9*

5.); o que não se dá na comistão, não há, então, *corpus ex contingentibus,* mas só *corpus ex distantium* - Na acessão e na confusão, há *res unita* -Na confusão, há parcialização da coisa (C - CROME, *S~ystem,* 1, 277; E - IIÓLDER, *Komment ar,* 1, 277), o que se chocaria com o conceito de parte integrante que adotaram II. BUHL *(Das Recht der beweglichen Sachen,* 10) e MAX GOLDE *(Bestandteil und Zubekor,* 8), para os quais porção do metal ou do vidro não é parte integrante - Todavia, com o critério da perda de certo valor, se separada, a porção da pedra preciosa pode ser parte integrante essencial (cf - MAX SCHULTZ, *Die Lehre vou den Bestandteilen,* 29) -

A respeito da confusão e da comistão, a separabilidade tem a mesma importância que no tocante à adjunção ou acessão - O

art - 615 exerce o mesmo papel de pré-exclusão conceptual: „ coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas, ou ajuntadas, sem o consentimento dêles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração".

2. NATUREZA JURÍDICA DA CONFUSÃO. A confusão é fato jurídico *stricto sensu* (Tomo II, § 159, *in une)* -

Não cabe qualquer raciocínio que considere o ato humano se, *in casu,* o houve, salvo para a conseqi.iência do art.

616: "Se a confusão, adi unção, ou mistura se operou de má fé, à outra parte caberá escolher entre guardar o todo, pagando a porção, que não fôr sua, ou renunciar a que lhe pertencer, mediante indenização completa" - Não há pensar-se, para a incidência do **ar. -** 615, § 1.0 ou § **2.0,** em se apurar capacidade. Tão-pouco, é de cogitar-se de invalidade, inclusive por vício de vontade.

§ 1.716. Confusão só aparente

1. CARACTERIZAÇÃO DA CONFUSÃO. A confusão somente se caracteriza e entra no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu* se não é possível separarem-se as coisas que se crêem confundidas "sem deterioração" *(:z* "não sendo possível, ou exigindo a separação dispêndio excessivo") - Se é possível e, para as separar, não tem de haver dispêndio excessivo, confusão não houve (= houve confusão só aparente) - E" isso o que se estatui no art. 615: "As coisas pertencentes a diversos donos confundidas, misturadas, ou ajuntadas, sem o consentimento dêles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração" -

2. CONFUSÃO QUERIDA PELOS DONOS DAS COISAS CÓNFUNDIDAS. O ar. - 615 do Código Civil refere-se ao "consentimento" dos donos, para só regrar os casos de confusão não consentida por todos. Conforme se passa com a acessão, a confusão pode resultar de ato humano em que se manifeste vontade - Ainda assim, são inconfundíveis a confusão, fato jurídico *stricto sensu,* e o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* que leve à confusão de coisas pertencentes a diferentes donos -

A propriedade, se houve negócio jurídico e acôrdo de transmissão, ou somente acôrdo de transmissão, é adquirida por transmissão (tradição), e não por confusão. Somente se é ineficaz o negócio jurídico ou o acôrdo de transmissão, inclusive por ser inválido, é que os arte. 615, §§ **1.0** e **2.0,** e 616 incidem.

3. NENHUMA COMUNHÃO. Se incide o ar.. 615, não há qualquer comunhão: cada dono de coisa *continua* dono da coisa em confusão só aparente. Não se estabelece o condomino do ar.. 615, § **1.0.**

§ 1.717. Confusão sem principalidade de qualquer 1 CONTEÚDO DO **ART.** 615, § 1.< >, DO CÓDIGO CIVIL. Se há confusão sem principalidade de qualquer das coisas componentes, dá-se o condomínio, segundo o ar. - 615, § 1.~, que, depois de se haver aludido, no ar.. 615, aos casos em que seria possível separar, sem deterioração, as coisas confundidas, diz: "Não o sendo, ou exigindo a separação dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa, com que entrou para a mistura ou agregado".

2. CONDOMÍNIO. Com a incidência do ar.. 615, § **1.0,** estabelece-se condomínio do todo confuso, tendo cada dono fração em condomínio, tal como ocorre em caso de acessão.

§ 1.718. Confusão com principalidade de uma das coisas componentes

1. CONTEÚDO DO ART. 615, § 2.~, DO CÓDIGO CIVIL. Pode haver mistura sem confusão. Se é possível separarem-se *a* e *b,* sem excessivo dispêndio, há mistura, e não há confusão. Se não é possível a separação, ou seria excessivamente dispendiosa, há mistura com confusão: a confusão é fato juridico *atricto sensu,* como a acessão e a comistão **-**

2. PERDA **DE** PROPRIEDADE DA COISA ACEDIDA E INDENIZAÇÃO.

Com a incidência do ar.. 615, § 2.~", só um é dono, ou em caso de pertencer a duas ou mais pessoas a coisa principal, os condôminos são os donos do todo confuso, devendo ao perdente ou aos perdentes das coisas acedidas a indenização ou as indenizações respectivas. Dá-se a aquisição pela confusão independentemente da solução da dívida, que nasce ao mesmo tempo **-**A prescrição da ação de indenização é a do ar. - 178, § **10,** IX, do Código Civil.

§ 1.719. Má fé e confusão

1. INCIDENTE LATERAL. A confusão é fato jurídico *stricto sensu.* No tocante às regras jurídicas sôbre aquisição da propriedade não se poderia levar em conta a boa ou a má fé de qualquer dos donos de coisas acedidas, nem do dono da coisa principal. Todavia, devido ao art **-** 616, de que já se cogitou a respeito da acessão, a má fé pode determinar mudança de titularidade - No art. 616 estabeleceu-se regra jurídica sôbre direito formativo extintivo ou gerador, à escolha do que sofreu a confusão de má fé. O que se disse, ao se tratar da acessão (§ 1.713), tem aqui todo cabimento. No direito brasileiro, só temos o *ius toliendi,* em matéria de acessão, confusão e comistão, se não se caracterizou o fato jurídico *stricto sensu,* isto é, se a espécie se subsume no art. 615, que é regra jurídica pré-

excludente.

2. EXERCÍCIO DA OPÇÃO. A ação de exibição, preparatória, é

indispensável nos mesmos casos em que o seria para o exercício da opção em se tratando de acessão de má fé. O que se disse no § 1.713 é de reler-se.

II.COMISTÃO

§ 1.720. Conceito e natureza

1. CONCEITO. A comistão supõe serem áridas as coisas que se põem em relação espacial, de modo que se lhes esquece a identidade. Há *genero,* ou *res quae pondere numero mensura constant* **-** A comistão não confunde, nem produz acessão; se bem que não se possa discernir o que está comisto, tal indiscernibilidade não provém de acessão (há o que acedeu e se discerne), nem de confusão (o que continua árido comista-se, não se confunde).

Na comistão, a relação reLíninte é espacial, porém há de haver a impossibilidade ou a dificuldade extrema ("exigindo a separação dispêndio excessivo", art. 615, § 1.~) de discriminação por titulares da propriedade para que se haja de pensar em modo de aquisição da propriedade - (Comistão pode haver de coisas pertencentes ao mesmo dono, ma~ a figura não interessa às regras jurídicas sôbre aquisição da propriedade mobiliária.) A relação espacial entre animais do mesmo rebanho, pertencentes a diferentes donos, não os mistura, porque há reconhecibilidade de cada um. Cada animal, um objeto de propriedade.

Cumpre que se não confunda a comistão com o que se passa nos *armazéns gerais,* nos *armazéns coletivos (e* **-** *g* **-,** cereais, óleo, álcool) e nos *depósitos coletivos de títulos.* Aí, há negócio jurídico de que resulta a transmissão, criando-se compropriedade. Não há o fato jurídico *atricto sensu* da comistão; salvo ineficácia, inclusive por invalidade, do negócio jurídico translativo. Adiante, §§ 1.828-1832.

2. **NATUREZA JURÍDICA DA COMISTÃO.** A comistão é fato jurídico *stricto sensu* **-** Nem para provocá-la, nem para se adquirir, por ela, propriedade, se precisa de capacidade (H. DIT**TENBERGER,** *Der Schutz des Kindes,* 106; P. **ELTZBACHER,** *DieHandlungsfãkigkeit,* 1, 221). Não há vícios de vontade, nem se há de apurar a boa ou a má fé de qualquer dos donos de matérias comistas **-** A má fé, por parte de um dêles, apenas dá ensejo a que nasça o direito formativo extintivo ou gerador do **ar..** 616.

3. DINHEIRO E COMISTÃO. Os arte. 615, §§ **1.0** e **2.0.** e 616 incidem em se tratando de dinheiro. Em direito romano, a propriedade era do dono da porção com que se misturava; portanto não havia a regra jurídica do **ar..** 615,

§ **1.0,** nem a do **ar..** 615, § **2.0** (L. 78, D., *de solutionibus et liberationi bus,* 46; 3: **".** - si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret"). Quanto ao problema de se saber se a perda da propriedade do dinheiro se opera com a entrega pelo terceiro possuidor, ou já com a mistura (cp - V - BABTMANN, *Gekt das Eigentum au Geld,welehes in fremde Hande gerat, sckon durck Ausgeben seitens des fremden Besitzers, oder erst durch Vermischung mit Iremdem Gelde verloren?,* 1 s.), depende do sistema jurídico: no sistema brasileiro, incide o art. 615, § **1.0,** ou o **ar..** 615, § 2.0.

§ 1.721. Comistão sem principalidade de alguma das coisas comistas

1. COMISTÃo E COISAS EQUIVALENTES. Se as coisas são discerniveis, a discriminação é fácil e não se pode pensar em *commixtio* - O art - 615 frisa, a respeito das três uniões completas ou incompletas, que, se é possível distinguir as coisas e, na adjunção e na confusão, separá-las, não há acessão, confusão ou comistão. A separação, na comistão, não tem o mesmo significado que tem na acessão, em que as coisas se ajuntam, e na confusão, em que há mais do que ajuntamento. Na comis**tão,** as coisas misturam-se sem que acedam entre si e sem que se fundam -

Se há comistão, que possa entrar no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu,* é porque não se pode discernir, ou não se podem separar, em sentido menos enérgico, as coisas comistas. O todo subsiste, indiviso - Os donos das coisas comistas passam a ser donos do todo, *pro indiviso* - A quota de cada um é proporcional ao valor da coisa com que entrou para a comistão.

2. REGIME JURÍDICO. O todo indiviso é de propriedade de todos os que *eram* donos das coisas, de per si - No mais, tudo se passa como a respeito da acessão e da confusão.

§ 1.722. Comistão com principalidade de alguma das coisas comistas

1. COISA **PRINCIPAL E COMISTÃO.** A comistão pode ocorrer entre coisas das quais uma seja principal, mas é difícil imaginar-se a espécie sem se conceber como princípio a quantidade das coisas pertencentes ao mesmo dono -

2. PRINCIPALIDADE DE UMA DAS COISAS NA COMISTÃO. Na comistão, a quantidade das coisas da mesma espécie tem papel relevante, porque o maior número delas, sendo elevado, Art. 615 Art. 615, § 1.0 Art. 615, § 2.0 em relação ao das outras, principaliza o grupo daquelas -Se A deixa cair a pedra preciosa, que tem à mão, ou a pedra rola, caindo na caixa de pedras preciosas semelhantes, pertencentes a B, sem que se possa distinguir, depois disso, qual a que era de A, ~ B é dono de tôdas, embora tenha o dever de indenizar? Afirmativamente, TH. Kípi" (em B - WINDSCHEID, *Lehrbuch,* ~, 9.~ ed -„ 983), E - BRODMANN (em G - PLANCK, *Kommentar,* III, 409) e MARTIN WoLFF *(Lehrbuch,* III, § 72, nota 15); contra, K. KOBER *(J. von Staudingers Kommentar,* III, 407) e CARL CROME *(S~jstem,* III, 360). Tratando-se de porções, que se possam determinar, sem dano para alguém, ~ tem-se como mistura sem comistão, ou como incidente o ar.. 615, § 1.~? Não há princípio *a priori.*

REGRAS JURÍDICAS

A

B

Art. 616

a:(a + b)

b:(a + b)

b:(a + b)

indenização de b: (a + b)

(art. 615, § 1.0)

valor de a: (+ b) (a + b)

Art. 616

(a + b)

indenização de b: (+ b)

valor de a: (+ b) (a-j-b)

indenização de b: (a + b)

(art. 615, § 2.0)

§ 1.723. Má fé em caso de comistão

1. CÓDIGO **CIVIL, Art.** 616. A respeito da comistão também é invocável o ar. - 616. A má fé não é elemento do suporte fáctico da aquisição da propriedade. A má fé faz nascer ao dono da coisa, que se comisturou, contra o dono da coisa que estêve de má fé, o direito formativo em alternação > a que nos referimos ao tratarmos da acessão e da confusão -

2. EXERCÍCIO **DO DIREITO ORIUNDO DE COMISTÃO COM MÁ** FÉ **DO OUTRO DONO.** Nenhuma diferença há quanto ao exercício do direito, se bem que haja traços distintivos entre a união que se opera com n acessão ou a confusão e a comistão -

O que foi vitima da comistão de má fé pode *adquirir* o todo, indenizando, ou, obtendo a indenização, ficar sem a parte, que lhe veio - Em vez de se estabelecer eficácia de aquisição por comistão, devido à má fé, apenas se criou direito formativo extintivo ou gerador. Num e noutro caso, o direito é exercido para que seja dono uma pessoa - Ali, porque a vítima não quer adquirir, o direito formativo extintivo é exercido com a prestação de indenização. A sentença trânsita em julgado, pois que julgou satisfeita a pretensão ao depósito da indenização, tem eficácia constitutiva, negativa para a vítima da comistão, positiva para o comistante: aquêle *perde* a propriedade e êsse a *adquire.* Aqui, a vítima deposita e adquire a propriedade do resto -

CAPÍTULO VII

SEPARAÇÃO DE PARTES INTEGRANTES

§ 1.724. Conceito de separação de partes integrantes

1. PARTES INTEGRANTES E SEPARAÇÃO. Se da coisa se separam partes integrantes, tais partes integrantes tornam-se coisas, independentizam-se, diz-se - Se eram partes integrantes não-essenciais, é possível que sôbre elas tenham recaído direitos; não assim se eram essenciais - Só a separação pode fazer suscetíveis de direitos as partes integrantes essenciais -

Separada a parte integrante essencial, dono da coisa por aparta, ou desunião, ou desfusão, ou cortagem, ou arrancamento, é o dono da coisa tal como antes era, com a parte integrante com que se formara, ou que a ela acedera, ou com o que ela fôra se confundira. Não importa qual a causa da separação, nem se é o dono ou outrem quem da coisa que exsurge toma posse; salvo prevalência de outra causa de aquisição *(e. g.,* arts. 557 e 558, 510 e 512), ou se há aquisição em virtude de direito real, ou aquisição em virtude de direito pessoal de apropriação, *mais* posse -

2. ESPÉCIE MAIS SIMPLES. A espécie mais simples de aquisição por separação de parte integrante é aquela em que se fazem *a* e b de *ab,* sendo proprietário A, pois que o era de *ab.* Os produtos e as partes integrantes da coisa pertencem, em princípio, ao proprietário da coisa - Não importa se a divisão física *é* em pedaços de ouro, prata, pedra, ou mármore), ou em *(e. g,* pernas e braços, cabeça e tronco, couro e lã), que supõem separação em partes integrantes finitas - A natureza dos corpos decide quanto à separabilidade em partes integrantes (L. 2, § 1, D., *de verborum. obligationibus,* 45, 1: ---- - quaedam (stipulationes partium praestationem) non recipiunt, ut is his, quae natura divisionem non admittunt...: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt") - Há coisas "quae naturaliter indivisae sunt" (L. 26, § 2, D, *de legatis et fideicornrnissis,* 30) - A natureza, determinante da divisibilidade física, é conforme a concepção vigente, para a qual concorrem influências da filosofia, da economia, por vêzes da religião dominante, e não só a filosofia que inspira o legislador ou o jurista (unilateral a interpretação de PAUL

SOKoLowSKI, *Die Philosophie im Privatrecht,* 1, 440 s.) -

3. NATUREZA DA SEPARAÇÃO DE PARTES INTEGRANTES.

O fato de separação de parte integrante é ato-fato, talvez mesmo somente fato, acontecimento natural como a queda do fruto maduro, ou, por alguma causa extraordinária, do fruto verde ou imaturo (Tomos II, § 120, 10, e XI, § 1.189, 13) -A aquisição dos frutos, por exemplo, é originária - Não há *extensão* do direito de propriedade - Há nova aquisição, conforme mostrámos no Tomo II, § 140, 10. A construção de direito, *que se corta,* e a de extensão do direito (direito *que se estende)* são de repelir-se - No proprietário da coisa de que se separou a parte integrante-, inclusive o fruto, o fato da *independentização,* que é acontecimento do mundo fáctico, *pode ser* que complete o suporte fáctico da aquisição como *pode ser* que o não complete e vá completar o suporte fáctico de aquisição por outrem *(e - g.,* o possuidor de boa fé) -

E‟ indiferente se quem separa a parte integrante é o homem, ou a natureza - A separação é, nas duas hipóteses, somente *fato.*

4. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE “CUM CAUSA”. Quem

adquire frutos ou outras partes integrantes, de acôrdo com (A), (B), (C) ou (D), adquire *cum causa.* Somente tem de restituir o que, pelo tempo (art. 513), ou no espaço *(e. g.,* fora do âmbito da posse), ou em quantidade (apanha excessiva), ou em qualidade (mangas, em vez de laranjas), não devia colhêr ou arrecadar - Cp - arts. 716, 721, 722, 724, 728 e 742. Adiante, §§ 1.725 (A), 1.726 (B), 1.727 (C) e 1.728 (D).

5. PROBLEMA DE TÉCNICA LEGISLATIvA. Convém frisar-se que o *momento* da aquisição dos frutos pelo possuidor de boa fé (ar.. 510) tem sido determinado, pelas legislações, diferentemente: a) ao nascerem os frutos (Preussisches Alígemeines Landrecht, 1, 9, § 221; cp. 1, 7, § 193; aliás, interpretando diferentemente, O - VON

GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* II, § 137, n - 10); *b)* ao serem separados (Código Civil austríaco, § 330; Código Civil saxônico, § 244; alemão, § 955); *c)* ao tomar-se posse *doa frutos* separados (Código Civil francês, ar.. 549).

No direito comum, discutia-se - Em verdade, o proprietário adquiria pela *aeparatio;* idem, o enfiteuta - Quanto ao usufrutuário, as fontes falam de *percipere.* A aquisição pelo locatário não era originária *(percipere,* ou *traditio).* E‟

possível, todavia, que o *percipere,* a propósito do enfiteuta, seja interpolado (cp - S - PEROZZI, *Jatituzioni,* 1, 2.8

ed., 697; H - SIBER, *R6miaches Recht,* II, 80) - Quanto ao possuidor de boa fé, na época imperial, atribuiu-se ao possuidor de boa fé a propriedade dos frutos das coisas por êle possuidas, *pro cultura et cura,* se bem que a máxima

"quem semeia colhe" não tivesse a generalidade que alguns lhe vêem (cf - POMPÓNIO, L. 45, D., *de usuria et fr-*

"*actibu8 et causis et omnibua aecesaionibus et mora,* 22, 1: "A mulher ou o marido faz seus, ao percebê-los, os frutos da coisa doada, porém aquêles, que adquiriu com seu trabalho, por exemplo semeando: porque se houver arrancado maçã, ou houver caldo da árvore, não se faz sua, como de nenhum possuidor de boa fé, porque êsse fruto não nasce de fato seu") -

No direito hodierno, abstrai-se do trabalho, da *cultura et cura,* quando se tem de reconhecer a alguém a apropriabilidade dos frutos.

No Código Civil brasileiro, o ar. - 512 fundiu os conceitos de percepção e de separação - No ar. - 510 dissera que o possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos, mas no ar. - 512 explicitou que "os frutos naturais e industriais" se reputam "colhidos e percebidos, logo que são separados" -

§ 1.725. (A) Domínio e separação de partes integrantes

1. PROPRIETÁRIO E SEPARAÇÃO DE PARTES INTEGRANTES. Aqui temos de versar alguns dos problemas mais relevantes do direito das coisas, o da aquisição das partes integrantes que se separam; todavia, as dificuldades maiores concernem às espécies (B), (C) e (D). O que vamos dizer concerne aos bens imóveis e aos bens móveis, porém a parte integrante separada se faz, *ex hypothesi,* em tôdas as espécies, *res mobilis.* Não importa, salvo em pormenores, que poremos em relêvo, se se trata de parte integrante ou de produto -

O

proprietário somente adquire a propriedade dos frutos se a respeito dêle se compôs o suporte fáctico para a aquisição -

Temos, porém, de distinguir as partes integrantes essenciais e as não-essenciais, porque, quanto àquelas, o proprietário tanto é dono da parte integrante essencial *que* se separou quanto da parte ou partes integrantes essenciais *de que* aquela parte integrante essencial foi

separada - E‟ dono de *a,* porque o *era* de *ab* e o é de *b.*

Quanto às partes integrantes não-essenciais, não, porque são suscetíveis de a respeito delas irradiarem-se direitos, pretensões, ações e exceções -

A aquisição dos frutos é originária, para o proprietario e para o possuidor de boa fé; é conteúdo do direito real limitado, operando-se com a separação - ~ Não é derivada, para o próprio titular da permissão de apropriação, porque êle pode ter a posse sem a tradição? Discuti-lo-emos a propósito de (D) -

2. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA, E NÃO DERIVATIVA. Conturbar-se-ia a teoria mesmo da aquisição originária se atribuíssemos à aquisição dos frutos pelo proprietário o caráter de propriedade derivada, objetivamente o é, mas os conceitos de aquisição originária e de aquisição derivada supõem enunciados concernentes à não-existência de titularidade anterior do direito de propriedade ou a existência - O dono da parte integrante só é dono dela porque o é da coisa tôda - Separada a parte integrante, êle, que fôra dono dela, porque o era da coisa, se faz dono da coisa exsurgente. Se derivatividade existisse, seria derivação de A a A; mas, em verdade, a *res* é *nova,* tão nova quanto a *res* que vem à luz com a especificação - Propriedade da parte integrante separada, que se tornaria *res,* somente há, se, segundo a concepção vigente, se fêz, em verdade, *res.*

§ 1 *726.* (B) Direito real sôbre a coisa com exploração ou “fructus” e separação de partes integrantes 1. NATUREZA DOS DIREITOS REAIS QUE PERMITEM AQUISIÇÃO.

Somente se há de tratar daqueles direitos reais que dão uso ou uso e fruto da coisa, se o *usus* contém a faculdade de exploração; não dos outros, como a hipoteca - E‟ preciso, portanto, ~que no conteúdo do direito real esteja a adquiribilidade de partes integrantes da coisa. À diferença do que se passa com a aquisição pelo proprietário, que pode fazer seus os frutos pendentes (art. 511), o titular do direito real em cujo conteúdo está a adquiribilidade das partes integrantes, ou, pelo menos, dos frutos, somente os adquire com a *separação* - Noutros têrmos: no suporte fáctico da aquisição pelo titular do direito real limitado hão de estar, como elementos, além da titularidade do direito, o fato da separação.

Quem tem direito real de fruição, como o enfiteuta o usufrutuário e o

credor anticrético, faz seus os frutos. O titular de servidão de lenha e de outras servidões semelhantes tem direito de fruição especial e faz suas as partes integrantes separadas, se o possuidor lhe deu entrada no lugar ou se tem posse (assim fica superada a discussão entre J -

BIERMANN, *Sachenrecht,* 236, HANS LANCE, *ter den Er-werb an Erzeugnissen,* 38, que dispensam a posse, e G -

PLANCK, *Kommentar,* III, 426, e K. KOBER, *J - von Staudingers Kommentar,* III, 422, que não a dispensam) : a

"percepção" é, aí, o que importa, porque a servidão precisa ser exercida; não a posse em si -

2. DIREITO REAL E POSSE. A aquisição pelo titular do ~direito real independe, em princípio, da posse - Se o titular do direito real em cujo conteúdo está a adquiribilidade tem a posse da coisa, não surge qualquer questão - Se não a tem, prefere-lhe o possuidor que tenha a adquiribilidade (posse própria, ou não-própria com adquiribilidade), ou o titular da permissão de apropriar-se outorgada por pessoa que tenha a adquiribilidade, inclusive pelo próprio titular do direito real. Verifica-se a quem vai a coisa exsurgida, inclusive o fato colhido, ou, em geral, separado, *no momento da separação.*

Se o titular do direito real é possuidor de boa fé tem dois títulos - Se não tem posse de boa fé, ou, ainda, se não tem posse, e não há possuidor de boa fé, nem há titular de permissão a apropriar-se, faz seus os frutos, como proprietário, e a tomada de posse dêsses, se não a tem, é posse própria, se bem que imprópria a posse da coisa-mãe -

§ 1.727. (C) Possuidor de boa fé e partes integrantes

1. POSSE PRÓPRIA. O possuidor próprio, de boa fé, responde pela deterioração da coisa, se deu causa. As partes integrantes, separadas, que ainda subsistem, são do proprietário, se bem que possuidas por aquêle. Se se tornaram assim, podem ser reivindicadas. Se não podem, pela perda ou pelo não-exsurgimento da coisa, ser reivindicadas, a responsabilidade segundo o art. 514, que é de natureza pessoal, pode ser invocada - Quanto aos frutos, rege o ad -

510.

A espécie (C) é de aquisição em virtude de posse de boa fé. No suporte

fáctico da aquisição, isso é que importa. Não é *ex lege* a aquisição, mas devida à posse de boa fé.

2. POSSE IMPRÓPRIA COM ADQUIRIBILIDADE. O possuidor, sem ser titular de posse própria, pode fazer suas, como coisas, partes integrantes que se separem, se o direito a que corresponderia contém o poder de separar -

O conteúdo de tal poder é, de ordinário, o de fruição (sôbre a deterioração da coisa, ad - 514), de modo que a problemática se restringe aos frutos. Possuidor de boa fé, no ad. 510, não é só o possuidor próprio. Próprio, ou impróprio, o possuidor fêz seus os frutos, ainda que à sua posse de boa fé não corresponda direito real de fruição -

Se, além de possuidor, tem tal direito real, tem dois títulos - Já frisámos isso, exaustivamente, no Tomo X (Posse).

No direito brasileiro, não se presume de boa fé a posse, salvo se o possuidor tem justo título (ad - 490, parágrafo único; Tomos X, § 1.078, 4, 5, e XI, §§ 1.192, 4, e 1.197, 3, 4). *Áliter,* no direito alemão.

A boa fé há de consistir em alguém se crer titular de dominio ou de direito à posse e, até sobrevir a separação, permanecer de boa fé. O que se crê locatário e não no é tem posse de boa fé. **MARTIN** WOLFF *(Lehrbuch,* III, 236, nota 7) exige que se creia titular de direito real, reduzindo a essa categoria o *Nutzungsrecht* a que se refere o § 955

do Código Civil alemão, de modo que, se algum louco ou menor de dezesseis anos constitui usufruto a favor de alguém, que toma posse do bem, o possuidor, que ignora a nulidade do título, faz seus os frutos, e não os faz o possuidor que se fêz locatário do sítio e ignora a nulidade (com razão, KONRAD COSACK, *Lehrbuck,* II, 6.8 ed -„

147; sem razão, como MARTIN WOLFF, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 426) -A solução, *de jure condendo* errada, a que chegaram alguns juristas alemães foi devida à má interpretação da palavra "Nutzungsrecht", que aparece no §

955, alínea 2.8, do Código Civil alemão - ~ **Não** o tem, acaso, o locatário com posse, se o fruto é inerente à destinação do prédio?

As regras jurídicas sôbre *successw possessionis* e *aecessio posaessionis* incidem, à semelhança do que se passa com a usucapião (Tomos X, § 1.093, 1, 1.094 e 1.095, e XI, 1.195, 1.194, 1.197). A boa fé há de

existir desde que se iniciou até que se separem, ou, pelo menos, ao se separarem os frutos, portanto na ocasião de os adquirir, é que se exige a *bona lides.* O possuidor de boa fé que não mais o é ao tempo da aquisição não adquire. O que veio a crer no titulo, em que não cria *(bona. lides superveniens),* adquire os frutos separados ao tempo da boa fé (Tomo X, § 1.078, 7) - Sem razão a exigência de ter sido sempre, antes, de boa fé a posse *(e. g* **-,** MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 236) **-**

As espécies mais freqUentes são as do que, tendo adquirido derivativamente, cria no título, do usufrutuário cujo ato de constituição foi julgado nulo ou anulado ou ineficaz, do marido, se o casamento foi julgado nulo ou anulado, do locatário que cria ter havido a coisa ao proprietário, do proprietário que ignorava a existência de usufruto, ou outro direito que o afaste, do usufrutuário que ignora a existência de direito aos frutos por parte de não-possuidor **-**

As regras jurídicas sôbre a exclusão da boa fé são as que foram expostas no Tomo X **-**

3.

POSSUIDOR IMEDIATO E POSSUIDOR MEDIATO. A aquisição dos frutos pelo possuidor de boa fé opera-se ainda que, possuidor próprio, haja entregue a outrem a posse imediata, ou mediata intercalar. Se o possuidor imediato, ou mediato intercalar, é o que se tem por titular do direito às partes integrantes separáveis, dêle é que são elas, e não do possuidor mediato, superior, ainda que êsse ignore êsse direito aos frutos pelo possuidor imediato ou mediato inferior (TH. Kípp, em B - WINDSCHEID, *Lehrbuch,* **∼, 9**a ed., 964). Isso nada tem com a relação jurídica obrigacional que possa existir entre tais possuidores em escada.

4. BOA FÉ E ERRO DE FATO. A boa fé há de consistir em êrro de fato, e não em êrro de direito. Tal a boa doutrina que já estava em MIGUEL DE REINoSo *(Observationes Practicae,* 102 5.: **"**. . . bona fides ex iuris errore proveniens non sufficit ad acquisitionem fructuum", **"**. **-** - iuris error non excusat, nec sufficit ad fructuum acquisitionem quando ius resistit"). Tinha para isso a lição de ANTÔNIO DA GAMA *(Decisiones,* d. 311, n. 2) e de AIRES PINHEL *(Ad const. Cod. de bonis maternis,* n. 12). Veja Tomos 1, § 45, IV, § 430, X, 1.078, 2, e XI, §

1.192.

5. PossE NO MOMENTO DA SEPARAÇÃO. Há de possuir no momento a coisa quem entende que faz seus os frutos separados - As espécies do art - 520, 1-li e V, não oferecem dificuldades - Na espécie do art. 520, IV (perda

"pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se êste não foi manutenido, ou reintegrado em tempo competente"), cumpre relembrar o que se disse no Tomo X, §§ 1.106, 1.110, 2, 1.081, 6, e 1.093, 2. Se o possuidor de boa fé é esbulhado, ou lhe escapa a coisa, e a recupera "em tempo competente", tem-se como ininterrupta a sua posse. Os frutos separados durante êsse tempo pertencem-lhe - *Aliter,* se em tempo oportuno não recupera a posse -

Se proprietário, pode ir reivindicá-los a quem não os haja adquirido.

a) A B, possuidor de boa fé, roubam vaca, de que é dono A, e da prenhez anterior ou sobrevinda ao roubo nasce bezerro, mas, "em tempo competente" (art. 520, IV), B recupera a posse da vaca; o bezerro pertence a B, ainda que B não tivesse recuperado, no tempo competente, a posse do bezerro -

Idem, se, não podendo recuperar a posse da vaca, recupera a do bezerro? Afirmativamente, MARTIN WOLFF

(Lehrbuch, III, 237, nota 11) -

b) Se passa o "tempo competente", sem que B recupere a posse, o bezerro pertence a A, que o pode reivindicar, ou pedir a posse. Entende MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 237) que, durante o tempo competente, a propriedade do bezerro <no exemplo dêle, potro) pertence a A, proprietário da vaca (no exemplo dêle, égua), perdendo-a, se há a reintegração tempestiva, com efeito retroativo. A posse não estava perdida; perdeu-se ao transcorrer o último instante do tempo competente. O bezerro, ao nascer, pertenceu a B e continuou de B até que B o perdeu, por perder a posse - A adquire porque o direito que havia de vir antes, o de B desapareceu.

c) Se o ladrão entrega a vaca a comprador de boa fé e durante a posse dêsse adquirente nasce o bezerro, o comprador, possuidor de boa fé, adquire a propriedade do bezerro, devido ao ad. 504, que somente permite a ação de esbulho contra o terceiro de má fé *(verbis* "que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era"). O possuIdor esbulhado perde a posse se outrem a adquire; a referência à

reintegração somente pode concernir à posse da coisa esbulhada se a ação de esbulho é proponível e não no é contra o terceiro de boa fé (art. 504). O *successor spolii conscius* é que pode sofrer a reintegração - E‟ preciso ler-se o art - 520, IV, atendendo-se ao ad. 504: por isso mesmo, havemos de entender que *a)* a posse por outrem faz cessar a posse do que antes a tinha, ainda que não tenha havido esbulho *(e. g* -, art - 520, 1), ou *b)* se, tendo havido esbulho, passou o tempo de que fala o ad. 520, IV, *in tine,* ou *c),* tendo havido esbulho, não mais pode ser proposta a ação de esbulho por ter sobrevindo, *por exemplo,* posse de boa fé por terceiro (art. 504), ou perempção do direito (Código de Processo Civil, art. 204).

(A E. BRODMANN, em G. PLANCK, *Kommentar,* III, 426, pareceu que se havia de pré-excluir, ai, a aquisição pelo terceiro de boa fé, mas sem razão; contra, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 237, J - BIERMANN, *Sachenrecht,* 236, O - WARNEYER, *Kommentar,* II, 181)

6. **PRODUTOS DA COISA SEGUNDO A. DESTINAÇÃO E AS OUTRAS** PARTES INTEGRANTES. O

possuidor somente adquire com a. separação os produtos da coisa e as demais partes integrantes que, segundo a destinação da coisa se possam retirar; não, as. partes integrantes da coisa que não sejam frutos, em sentido lato. Se B, possuidor da casa de A, em boa fé, retira as pedras que lageavam o pátio, ou as telhas da cozinha, não as faz suas.

Nem lhe pertence a banheira que êle tirou a um dos quartos de banho.

7. AQUISIÇÃO PELO QUE TEM PERMISSÃO DE APROPRIAR-SE DOS FRUTOS. A aquisição dos frutos pelo titular da permissão de apropriação s?mente passa à frente da aquisição pelo possuidor de boa fé se foi êsse quem a outorgou -

~

1.728. (D) Aquisição em virtude de permissão de apropriação

1. PERMISSÃO DE APROPRIAR-SE. Se o que teria a propriedade dos frutos outorga a alguém apropriar-se dos frutos ou outras partes integrantes, somente se faz dono dos frutos ou das outras partes

integrantes: a) se tem a posse da coisa-mãe, ainda que o direito de apropriar-se não lhe venha da. posse, ao tempo da separação (o art. 520, **IV,** pode ser invocado), porque a posse da coisa-mãe equivale a posse das partes integrantes antes de separadas; *b)* se lhe foi dada a posse das partes integrantes separadas *(e.* g., deu-se ordem ao guarda para que os caminh5es do titular da permissão de apropriar-se cortassem as árvores marcadas com as iniciais dêle, ou os frutos das mangueiras do lado esquerdo do rio, ou de quaisquer mangueiras, cf **-** E **-** BRODMANN, em G. PLANCK, *Kommen.. tar,* III, 430; cf. G.

SALIER, *Verkazdf votz Baumen auf dem Stamm,* 28 s., 44 5.); *c)* se, na falta de posse, por não a ter tido, ou por tê-la perdido, o titular da permissão toma posse das partes integrantes ou dos frutos, de que poderia, pela outorga, apropriar-se **-**

Por onde se vê que a permissão de apropriar-se não basta para compor o suporte fáctico da aquisição da propriedade na espécie (D) **-** Contudo, é elemento precipuo dêsse suporte fáctico e precisa ser examinado detidamente, antes de qualquer dos outros, *(a), (b)* e *(c),* acima referidos. Se chamamos *(p)* à permissão, no suporte fáctico da aquisição da propriedade, isto é, no suporte fáctico do fato jurídico de que se irradia o efeito de aquisição há de haver *(p)* e *(a),* ou *(p)* e *(b),* ou *(p)* e *(c)* **-** Como *(a)* e *(b)* se compéem de dois fatos, posse e separação, (p) + *(a)* e (p) + *(b)* são suportes fácticos em que hão de estar êsses três fatos; porém, se bem que na aquisição por efeito de *(a)* + *(c)* pareça não existir o fato da separação, está ela subentendida, por ter acontecido *antes* da tomada de posse (sem **razão, MARTIN WOLFF,** *Lekrbuck,* **III, 239) -**

Mas ,~ que é a permissão de apropriar-se, que é essa outor.ga para a apropriação?

Assentimento à aquisição da posse própria da parte intetirante a ser apropriada e à aquisição da propriedade dela, tal o que é a chamada permissão de apropriar-se **-** Declaração de vontade, unilateral e receptícia, não dependente de aceitação, algo como os *acôrdos de transmissão,* mas unilateral. Assim, no fundo, **O -** VON GIERKE *(Deutsches Privatreckt,* **II, 592),** MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 239 s **), W -** voN BLUME (Beitrage zur Auslegung des deutschen **BGB.,** *Jherings Jahrfrdcher,* 39, 429 s.), F **-** BUNSEN (Zur Lehre von den nicht ietrennten Erzeugnissen, *Archiv fi~r Bi~rgerlickes Recht,* 29, **18** 5.), HANS LANGE *(tiber den Eriverb an Erzeugnissen,* 62), *X.* SEYDEL *(Der Fruchterwerb aul Grund des Gestaltungsge~schãfts,* 30), **BARTH**

(Verfúgung uber zuktinftige Rechte, *G-ruchots Beitrãge,* 58, 595), F. HELLMANN (Eigentumserwerb nach § 957 BGB., *Das Recht,* V, 417) -

Discordantes: J. **BIER**MANN *(Sachenrecl&t,* 238 s.), K. KOBER *(J - vou Staudingers Komment ar,* III, 425), F.

KRETZSCHMAR *(Das Sachenreckt,* **236), K -** MAENNER *(Das Sackenreckt,* 209, nota 87), GOLOMANN-LILIENTHAL *(Das Burgerliche Gesetzbuch,* **II,** 103), CARL CROME *(S~stem,* III, 369 e 374), E. **ZITELMANN**

(Aligemeiner Teu, 115), H - HARBURGER (Eigentumserwerb nach § 957 BGB., *Das Recht,* 484 s.), G - SALIER

(Verkauf vou Baumen auf dem Stamme, **33)** e J. KOHLER (Zwolf Studien, IV, *Archiv fUr B-Urgerliches Recht,* **18,** 107) -

Alguns dos que pensavam na bilateralidade aludiam à tradição, ora à tradição do art. 520, II (ato-fato jurídico!), ora à tradição dos arts. 620-622 (negócio jurídico). Aquêles, para serem coerentes, tinham de ver na aquisição efeito da posse; êsses, efeito do negócio jurídico *mais* o elemento possessório anterior e contemporâneo à separação (ou à percepção), ou somente contemporâneo, ou posterior (tomada de posse da parte integrante já separada, isto é, já independentizada) - CARL CROME *(System,* II, 369) falou de tradição da *res futura,.* quanto à posse e quanto à propriedade.

(A)

(B)

(C)

(D)

Titular do direito pessoal PossuYdor da boa fé. Titular de direitoreal Proprietdrio de

apro.

priaç~o, sendo própria a posse, com adquiri.bilidade

outorgado

por B

ou de gc5zo

Vem antes de (B)

Vem antes de (C)e (D), Vem antes de (Dl, Adquire os produ tos e quanto a produtos e frutos, se nio há (A) - ou

quanto

aprodutos

e frutos

(B) -ou (C)

frutos

2. NATUREZA DA PERMISSÃO DE APROPRIAR-SE. O negócio jurídico é unilateral, se bem que receptícia a declaração ~ unilateral de vontade (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 234 5.; sem razão, A. VON TUHR, *Der Aligemeine Teu,* II, 2, 213v nota 17, um tanto em contradição com o que escreveu em 1, 172, nota 6) - A permissão é vinculativa; portanto, a revogação~ é infração do dever obrigacional, que do negócio jurídico unila teral se irradiou (Tomos 1, §§ 34, 36, 38, 2, II, 222, 3, 223, 236, e V, § 507). Porque se trata de manifestação receptícia de vontade, são revogáveis até que sejam recebidas (Tomo II, § 222, 3, e 223) - A afirmação de MARTIN WOLFF (III, 241) de ser-revogável a permissão até que se dê a aquisição das partes. integrantes pelo outorgado é falsa: desatende à recepticiedadeda manifestação unilateral de vontade, que há na permissão -A irrevogabilidade pode vir antes e é sem sentido pensar-se em revogação quando se consumou a aquisição - A irrevogabilidade ocorre com a recepção, porque é receptícia a manifestação unilateral de vontade; se não o fôsse, a irrevogabilidade ocorreria ao ser feita a exteriorização de vontade, ao ser juridicizada a manifestação unilateral de vontade, porque as.

manifestações unilaterais de vontade são, de regra, irrevogáveis. Por outro lado, a posse da coisa-mãe pode já estar com o outorgado, sem que êle tenha conhecimento da permissão, de modo que *ainda* seria revogável, porque não foi recebida - Se o outorgante cedeu ao outorgado a posse parcial das partes integrantes antes da separação, é de supor-se que houve a recepção, porém o outorgante pode alegar e provar que não houve. Além disso, há de atender-se a que a recepticiedade não afasta que se clausule, na manifestação unilateral de vontade, a irrevogabilidade desde a exteriorização mesma.

A construção do direito comum ressentiu-se da mesma confusão que levou MARTIN WOLFF às suas asserções. Se o locador volta atrás do que permitiu, infringe o contrato de locação; devido a essa infração é que o locatário não pode adquirir -Todavia, se já tem o locatário a posse, a pretensa "revogação" é inoperante, porque, sendo irrevogável a permissão, o locatário não a leva a sério. No direito romano, na locação mesma era revogável a manifestação de vontade do locador (L. 62, § 8, D., *de furtis, 47,* 2; L. 4, § 1, D., *de rebus creditis si certum petitur et de condictione,* 12, 1; cf. K. R - VON CZYHLARZ, em CHR. FR - vON GLÚCK, Série dos Livros 41 e 42, Parte 1, 459) ; porém já no direito comum se viu que a revogação havia de permanecer no mundo fáctico, podendo ser ato de inadimplemento (infração), e não ato jurídico (H. DERNBURG, *Pandekten,* ~, 7.~ ed., 478). A ciência do direito chegou a conclusões sôbre o direito do locatário, contido no rol dos direitos oriundos do contrato de locação, e sôbre a permissão (unilateral) de apropriação, a tal ponto seguras, que é sem valia qualquer indagação em tôrno de regras jurídicas superadas, como as do direito romano e do próprio direito comum. O que é certo, nesses sistemas jurídicos e nos hodiernos, como o alemão e o brasileiro, é que não há direito real de apropriação, quer em se tratando de contrato, como o de locação, quer em se tratando de permissão (unilateral) de apropriação.

Com a posse da coisa-mãe, nasce direito expectativo, não direito de apropriação, um *Anwartschaftsrecht,* não um *Aneignungsrecht* (cf. KONRAD COSACK, *Lehrbuch,* II, 149). Com a tomada de posse da parte integrante separada, *res,* nasce o direito de propriedade J. KOHLER (Zwolf Studien, *Archiv fiir Burgerliches Recht,* 18, 108 s.), que entreviu as dificuldades, pensou em constituto possessório e em *cessio actionis,* em contrato real que dispensaria a aceitação porque a posse da coisa-mãe até o momento da separação ou a tomada de posse dos produtos a tem implícita (então, não a dispensaria!). Ainda assim no *Lehrbuch* (II, 223). Já E. ZITELMANN *(Allgemein.er Teu,* 29

s.) exigia a aceitação. Antes de solvermos, com método, o problema de construção, eliminemos êsses argumentos, todos partidos da afirmação de existir contrato real, ou, pelo menos, contrato. A tomada de posse da coisa-mãe, continuando a posse até a separação, e a tomada de posse dos produtos de modo nenhum podem ser tidas como aceitação, mesmo porque se insinuaria manifestação de vontade, a ponto de se tornar negócio jurídico completante de negócio jurídico bilateral, no ato-fato jurídico da apreensão (art. 493, 1) ou do exercício do poder fáctico mercê da tradição do art. 520, II, que também é ato-fato jurídico. Nem se pode ver em tais atos-fatos jurídicos aceitação de

"oferta" *(e.* g., a permissão foi dada a B e, morrendo B, o herdeiro, que o ignorava, recebeu a posse). Tanto mais quanto adquire as partes integrantes separadas, a que se refere a permissão, o incapaz, que tem a posse da coisa-mãe, ou toma posse das partes integrantes separadas; e o que ignora que ainda possui (argumento de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 240, nota 26) adquire, com a separação, as partes integrantes.

Cumpre advertir-se em que O. VON GIERKE *(Deutsches Privatrecht,* II, 592) via na espécie direito real de apropriação, o que exageraria o efeito da permissão, por ser apenas um dos elementos do suporte fáctico.

Ora, o que por método se há de assentar, antes de qualquer proposição sôbre a natureza da permissão de apropriação, é que não é mais do que um dos elementos do suporte fáctico do fato jurídico, complexo, de que se irradia o efeito de apropriação. A permissão de apropriação não basta para que se adquira. O direito que dela, negócio jurídico, unilateral, emana, é direito pessoal; e isso o próprio J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 238 s.) frisara, e ficou assente, mais tarde, na doutrina. Há toda a conveniência em que, preliminarmente-se caracterizem a eficácia da permissão e a eficácia do fato jurídico complexo. A permissão de apropriação é vinculativa (efeito mínimo) e dela irradia-se a pretensão a apropriar-se, que é de direito das obrigações.

Se a permissão é irrevogável ou se tornou, com a recepção,

irrevogável, vinculados ficam os sucessores, *e.* g., o herdeiro, o adquirente do prédio, se a permissão foi registrada, à semelhança do que se passa com a locação (art. 1.197; Decreto 11.4.857, de 9 de novembro de 1939, arte. 178,- a), IX, e 284- -286), e o adquirente do prédio que se vai derrubar, se foi feito o registro.

3. NEGOCIO JURÍDICO DE PERMISSÃO A APROPRIAR-SE.

O negócio jurídico é de disposição: outorgam-se direito e pretensão aos frutos ou outras partes integrantes, porém s?mente no plano do direito das obrigações. O direito que exsurge é a que o outorgante não se oponha à aquisição.

Não se transmitiram os frutos; criou-se, apenas, situação de outorga, que vincula. Somente pode outorgar tal permissão quem, no momento em que o outorgado vai adquirir a parte integrante, e não o outorgado, adquiriria. Daí emanam conseqüências dignas de nota: a) quem não tinha poder de dispor dos frutos ao tempo em que deu a

permissão, mas o tem ao tempo da separação, eficazmente outorgou; idem se não o tinha ao tempo da outorga, nem ao tempo da separação, mas o tem ao tempo da tomada de posse dos frutos (E.

ZITELMANN, *Allgemeiner Teu,* 48); b) não se há de pensar em ser nulo o negócio jurídico se ao tempo da permissão o outorgante não tinha poder de dispor (não há qualquer fundamento para a eiva de nulidade), nem em ser ineficaz, a eficácia só se apura ao tempo da separação, ou da tomada de posse, conforme as duas espécies antes referidas; e) se o que era proprietário permitiu a apropriação, mas, depois, alienou o bem, ou, por outro motivo, perdeu a propriedade, sem que, com o registro, se haja atribuído eficácia *erga omnes* à permissão, a permissão é ineficaz para .8 aquisição, embora o outorgante possa ser responsabilizado por infração de dever oriundo do negócio jurídico unilateral da permissão; *d)* se a permissão foi dada por possuidor de boa fé e vem êle a tornar-se possuidor de má fé, ocorre o mesmo que em *c); e)* se o outorgante foi possuidor de má fé e sobreveio a boa fé, eficaciza-se a permissão.

Na permissão de apropriar-se, como na promessa de frutos, *promissio fructuum,* subentende-se se nascerem (SILVESTRR GOMES DE MORAIs, *Tractatus de E~xecutionibus,* II, 57: ". . . ut procedat tam in condicione expressa quam in subintellecta,. ut in exemplo promissionis dotis, in qua a iure, et mente partium tacite subintelligitur condicio, si matrimonium sequatur, et antea agi non potest, quam constet condicionem esse

~urificatam"). Daí poder a sentença ser sôbre os frutos que iascerem (1, 291, 292 e 294; Ordenações Filipinas, Livro III, título 66, § 2: "E se der sentença incerta, não valerá, salvo se a dita sentença incerta pudesse ser certificada pelos autos do processo, ou se pudesse liquidar na execução dela, assim como os frutos e interesses de que acima falamos, quando pela. prova dada aos artigos não puder bastantemente confiar da. quantidade dos ditos frutos, ou interesses, para sôbre eles. pronunciar sentença certa").

4. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA E NÃO DERIVATIVA. E‟ de repelir-se qualquer construção que atribua à aquisição em virtude de permissão de apropriar-se caráter de aquisição derivativa, como faziam F. VON SAVIGNY

(Des Recht des Besitzes, 6~a ed., 314), A. ExNER *(Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition,* 17 s.), G. F.

PUCHTA *(Pandekten,* □

9 a ed., 228) e K.

R. VON CZYHLARZ (em CHR. FR. VON GLUCK, Série dos Livros

41 e 42, Parte 1, 467, que se refere a *brevi manu traditio),* se bem que pudesse ser a solução romana (L. 16, D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus,* 19, 5; L. 6, D *de donationibus,* 39, 5). Contra, L. ARNDTS *(Lehrbuch,* 8Y-ed., 156), B. WINDSCHEID *(Lehrbuch, 1,* 9.~ ed., 957, nota 6) e W. BLUME (Beitráge zur Auslegung des deutschen BGB., *Jherings Jahrbucher,* 39, 455 a.).

O outorgante adquiriria como adquire o outorgado. Pôs. a êsse, no plano do direito das obrigações, em seu lugar; deu-lhe direito expectativo, e não direito de apropriação. E‟ preciso que se não confunda o fato jurídico, complexo, de que resulta a aquisição das partes integrantes ou dos frutos, e o elemento do suporte fáctico. A afirmativa da derivatividade seria regres são à concepção da *qzw.si traditio,* ou da *brevi manu traditio* ou da *traditio.* ~Se A, que está de posse da fazenda, aliena a B dez árvores de jacarandá e permite que as corte, transfere a propriedade das árvores, porque B as corta como serviço a A, ou como ato necessário ao adimplemento da obrigação de A. Não~ é o mesmo permitir A que B se aproprie das dez árvores, dando a B a posse da fazenda, ou a posse parcial das árvores. A permissão é negócio jurídico unilateral, sem qualquer transferência de bem móvel; a tradição, que há, é da posse; o ato de apropriação é unilateral.

5. OUTORGADO POSSUIDOR DE BOA FÉ. No Código Civil

alemão, há as regras jurídicas do § 957, que não temos: “As regras do § 956 também são aplicáveis quando o que outorga a apropriação a outro não tem legitimação para isso, salvo se essoutra pessoa, no caso em que a posse lhe foi transmitida, não estava de má fé ao tempo da transmissão, ou, no outro caso, ao tempo da tomada de posse dos produtos ou outras partes integrantes, ou conheceu a falta de direito antes da separação”. As regras jurídicas do §

957 não foram felizes. Sem elas, chega-se a melhor resultado. Não se deve dizer que o sem direito a outorgar permissão esteja legitimado a tal, ainda quando se procure obviar a isso com o § 933 do Código Civil alemão, em interpretação analógica (HEINRICH LANGEN, *Aflgemeiner Teu,* 62). Se o outorgante recebeu a posse da coisa--

mãe e estava de boa fé, é possuidor de boa fé e tem por si as regras jurídicas concernentes aos possuidores de boa fé, isto é, as regras jurídicas da espécie (C). Se o outorgante recebe a posse parcial dos frutos não-separados, dá-se o mesmo. Mas é preciso que a "receba" de quem foi possuidor: quem pensa receber de quem era possuidor e toma posse, não a recebe, toma-a. O § 957 suscitou problemas sutis, a que não estamos adstritos, porque não temos regras jurídicas que lhe correspondam. Por exemplo: KONRAD COSACK *(Lehrbuch,* II, 6.8 ed., 149) imaginou o transeunte, que, admirando as uvas que pendem das parreiras, ouve a alguém que por pilhéria lhe diz:

"Tenho-as de mais; pode apanhar quantas queira". O transeunte colhe-as. Adquiriu a propriedade? Afirmaram-no K.

COSACK (a principio), K. MAENNER *(Das Sachenrecht,* 210>, E. ECK *(Vortrage,* II, 145), O. WENDT (Erwerb von einem Nicht.~ berechtigten, *Archiv fur die civilistische Praxis,* 89, 66),F.

HELLMANN (Eigentumserwerb

nach § 957 BGB., *Daa Recht,* V, 417 s.), M. SEYDEL *(Der Fruchterwerb aul Grund des Gestaltungsge8ch~ift8,* 40

s.), por não exigirem a posse ao outorgante, ou por outras razões. Negativamente, K. VON JACUBEZKY (Zum §

957, *Das Recht,* VI, 4 s.), J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 240), G. PLANCK *(Komment ar,* III, 433), K. KOBER *(J.*

von Staudingers Kommentar, III, 427), GOLDMANN-LILIENTHAL *(Das BItrgerliche Gesetzbueh,* II, 103, nota 22), e O. WARNEYER *(Kommentar,* II, 183), exigindo que o outorgante seja possuidor da coisa-mãe ou possuidor parcial dos frutos ainda não separados.

E" necessário frisar-se que só se há de considerar a boa fé quanto à posse. O problema restringe-se a problema de posse: o outorgado por pessoa sem poder de outorgar *recebeu* ou *tomou* posse, de boa fé? Se o que gracejou estava em situação de poder dar posse ao outorgado (posse é poder fáctico!) ou se o outorgado podia tomá-la e a tomou, possuidor é e, *ex hypothesi,* de boa fé.

Se a coisa foi perdida ou roubada, o que se *une* ou se *forma* à coisa, *depois* da perda ou do roubo, não é coisa perdida, ou roubada; é coisa perdida, ou roubada, o que se uniu ou formou antes do roubo (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 434; MARTIN WOLFF, *Lehrbúch,* III, 241, nota 34; sem razão, só distinguindo partes integrantes e produtos,

para considerar aquelas como perdidas ou roubadas, J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 241, O. VON GIERKE, *Deutaches Privatrecht,* II, § 137, n. 36, KONRAD COSAK, *Lehrbuch,* II, 149, e K. VON JACUBEZKY, Zum §

957, *Das Reeht,* VI, 4).

No direito brasileiro, o possuidor de boa fé, ainda se a posse da coisa-mãe e em virtude de permissão de apropriação, tem direito aos frutos separados (arts. 510 e 512). A ação de esbulho não vai contra êle (art. 504). A aquisição dos frutos pelo possuidor de boa fé pré-exclui a aquisição pelo proprietário. Se sàmente obteve a posse parcial, havemos de resolver do mesmo modo. Se de boa fé teve a posse dos frutos já separados, tal posse não lhe dá a propriedade, *que já é de outrem,* ou é *res nuilius,* que teria de ser *ocupada.*

Se alguém está, em boa fé, de posse da coisa-mãe ou de partes integrantes (posse parcial) e tem permissão de apropriar-se dos frutos ou de outras partes integrantes, pode o proprietário, a quem caberia outorgar, ou que poderia fazer cessar a boa fé do possuidor que outorgara, comunicar ao outorgado que o outorgante não podia outorgar, eficazmente, a permissão, com isso retirando o elemento *bona lides* ao suporte fáctico da aquisição pelo outorgado.

Em conclusão:

a) A aquisição por separação de partes integrantes émodo de adquirir, tanto assim que o adquirente pode ser quem não é o dono da coisa (das outras partes integrantes).

b) A aquisição de frutos rege-se por princípios comuns e por princípios especiais, sem se poder constituir outro modo de adquirir, que fôsse o da aquisição dos frutos.

c) O fato de se aludir, na aquisição pelo possuidor, ao elemento fáctico da boa fé de jeito nenhum torna a aquisição dos frutos pelo possuidor de boa fé aquisição pela posse de boa fé: na aquisição dos frutos pelo possuidor de boa fé há aquisição de outra coisa que a coisa possuída, ao passo que o possuidor de boa fé, na aquisição pela posse de boa fé, adquire o que possui, modo, êsse, excepcionalíssimo, em direito brasileiro, de adquirir.

*

*

A análise e as considerações que acima fizemos, rentes aos fatos e em espécie que podemos considerar típica, servem-nos para compreender o que são, na verdade, as “permissões”, tão freqUentes em direito privado e em direito público. Mas as dificuldades surgem, e a elas devemos estar atentos, quando as leis e, aqui e ali, os próprios juristas falam de permissões onde o permitir é exaustivo do suporte fáctico e o efeito do fato jurídico não depende de qualquer outro elemento fáctico, inclusive posse ou ato do outorgado.

Por outro lado, há permissão prestação em negócio jurídico bilateral, o que obriga o técnico a exame à parte, com as cautelas que a investigação científica exige.

Para obviarmos aos inconvenientes de que tudo isso resulta, procedemos a estudo da natureza da permissão que no momento se nos apresente, fixando-lhe a natureza e precisando-lhe a estrutura. Antes, Tomos II, § § 229, 2, e 278, 2, V, § 581, X, § 1.081, 4; também, VIII, § 833, 7.

Há, portanto, permissão, que é ato jurídico unilateral; há permissão que é prestação de negócio jurídico bilateral; e há permissão que imprôpriamente se tem como tal, porque quem permite não pode, satisfeitos os pressupostos, deixar de permitir.

CAPITULO ~

AQUISIÇÃO EM VIRTUDE DE -LEI

§ 1.729. Modo específico de adquirir

1.ESPÉCIES EXCEPCIONAIS. Às vêzes, as leis estabelecem que a alguém passe a pertencer a coisa móvel, sem que tenha havido qualquer dos modos de adquirir de que de ordinário os sistemas jurídicos cogitam. Então, é a lei mesma em regra jurídica em cujo suporte fáctico não se pode ver ocupação (apropriação, caça, pesca, invenção, tesouro), nem especificação, nem confusão, comistão ou adjunção, nem usucapião, nem tradição que reputa adquirida a coisa,

com todas as conseqüências, a partir de certo momento.

Excepcionalíssima é a aquisição das coisas como butim de guerra, inclusive pela apropriação de projécteis, armas, peças e outros valores, segundo o direito das gentes. Não se trata de achádigo, nem de ocupação de coisa derrelicta.

2.As ESPÉCIES DOS ARTS. 598 E 601 DO CÓDIGO CIVIL E 603-606. Relembrando o que se disse quanto às duas regras jurídicas sôbre caça ou pesca pelo não-dono sem permissão do dono das terras ou das águas, frisemos que em ambas se emprega o verbo "perderá", referindo-se ao caçador e ao pescador. A solução que adotamos é da mais alta conveniência porque nos livramos, com ela, da discussão doutrinária e das incertezas reinantes no direito alemão.

Quanto aos arts. 603-606, que tratam da achada de coisas Perdidas, em nenhuma dessas regras jurídicas há ocupação ou outro modo específico de adquirir. O dono da coisa móvel que se não apresenta, ou não faz a prova de ser dono, perde a propriedade da coisa que outrem encontrara e entrega à autoridade pública competente, mas em virtude de regra legal e sentença constitutiva negativa e positiva (negativa para êle e positiva para o Estado). A aquisição é em virtude de lei.

Sôbre a aquisição em virtude de lei, *acquisitio dominji ex lege,* ou *transitus dominji legalis,* foram básicas as dissertações

de J. ANDR. FROMMANN (1666), MICH. GRASSI (1692, 1724) e J. 5. BRUNNQUELL (1729).

3. ESPÉCIES QUE NÃO SÃO DE "TRANSITUS DOMINII LEGALIS".

Não devemos pôr na classe das aquisições em virtude de lei as de comunhão universal, uma vez que os próprios juristas romanos não cometiam o erro (cf. L. 1, *in tine,* e L. 2, D., *pro socio,* 17, 2). Sem razão, CHR. FR. GLÚCK

(Ausfuhriiche ErUiuterung der Pandecten, VIII, 86 s.), que se deixou levar pela dissertação de J. ANDR.

FROMMANN. Também não entram na classe a aquisição em virtude de reserva de dominio, de pacto comissório (art. 1.163), de venda a contento (arts. 1.144--1.148), de retrovenda (arts. 1.140-1.143) e

outros semelhantes, porque ou é pessoal ou é real a eficácia, mas, tanto ali quanto aqui, eficácia do negócio jurídico. A restituição do dote é, também, efeito do negócio jurídico, ainda se cogente a regra jurídica invocada.

1. CAÇA E PESCA SEM DIREITO DE CAÇAR E DE PESCAR

§ 1.730. Caça e pesca em terras alheias ou águas alheias

1.

CONTEÚDO DO ART. 598 DO CÓDIGO CIVIL. No art. 598, diz-se que "aquele que penetrar em terreno alheio, sem licença do dono, para caçar, perderá para êste a caça, que apanhe, e responder-lhe-á pelo dano que lhe cause". A regra jurídica brasileira pode ter sido inspirada, porém não é idêntica, é melhor, do que a regra jurídica do Código Civil chileno, que ainda se ressentiu da teoria da representação involuntária *(verbis* "sin permiso dei duefio, cuando por lei estaba obligado a obtenerlo"). A regra jurídica brasileira é outra, e nenhuma interpretação do texto chileno nos pode servir.

2. PROBLEMA DE CONSTRUÇÃO DA AQUISIÇÃO PELO DONO DAS TERRAS. No Código Civil alemão, o § 958, alínea □

2 a, estabeleceu que não se adquire a propriedade (por ocupação) se a apropriação é legalmente proibida ou quando, com a tomada de posse, se ofende direito alheio de apropriação. Preliminarmente, com isso é atribuida eficácia real ao direito de apropriação. Passa a ter alta relevância a discussão em torno de existir, ou não, a respeito de outras espécies, direito de apropriação. No § 960, falou-se da caça e da pesca Donde o problema de a) se saber se o dono das terras ou das águas tem direito de apropriação quanto aos animais caçáveis *(nuilius)* ou pescáveis *(nuilius).* Surge, então, *b)* a divergência em torno da natureza do direito de ocupação ou de apropriação *(Aneigungsrecht)* de que cogita o § 958. Depois, *e)* quanto a se saber se o direito de caça é contido no direito de propriedade, ou se é parte integrante da propriedade; e *d)* quanto a se precisar se êle contém, ou não, o direito de apropriação. Sôbre *b),* H. O. LEHMANN (em O. STOBBE, *Handbuch des deutscken Privatrechts,* II, *3a* ed., 78 e 446), KARL KÃRGER *(Zwangsrechte,* 30, 170 s. e 221), J. VON ANDERS *(Das Jagd- und Fischereirecht,* 67 s. e 75), F. PFENNINGSDORF *(Das Jagdrecht und der Eigentumserwerb an Jagdbaren Tieren,* 94), antes do Código Civil

alemão; JOHANNES KRÚGER *(Zum Begriffe "herrenlos" im BGB.,* 64 s.) e A. EBNER (Die gesetzlichen Aneigungsverbote des § 958 BGB., *Verwaltungsarchiv,* 13, 538 s.). Quanto a *c)* e a *a),* os arts. 594-598 e os arts.

599-602 impõem-nos o dever de não se atender argumentação só pertinente ao direito territorial alemão e de se mostrar a errônia de construções que identifiquem com o direito de apropriação o direito de caça ou o direito de pesca. Quem tem o direito de caça ou de pesca pode impedir que alguém cace ou pesque, pode pedir indenização pelos danos, tanto em direito alemão quanto em direito brasileiro. Porém Somente daí não se pode tirar que o direito de caça contenha o direito de apropriação, borrando-se a diferença entre a situação jurídica do dono das terras ou das águas, no tocante a animais *nuilius,* e a do vizinho no caso especial do art. 558 do Código Civil, menos ainda com a situação do Estado quanto aos animais e vegetais exis

tentes em águas públicas dominicais (Código de Pesca, Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938, art. 4.0).

O *punctum doliens* está no momento em que o caçador ou o pescador toma posse própria do animal caçado ou pescado, sem ter tido permissão do titular do direito de caça. Tal como o direito territorial alemão e o Código Civil alemão deixaram os problemas, difícil é encontrar-se fórmula satisfatória, ainda se se admite direito *real* de apropriação das *res nuilius* (cfr. Preussisches Alígemeines Landrecht, II, 16, § 30; R.

WAGNER,

Die

preussieche Jagdgeaetzgebung, 1 s.). Por outro lado, em nenhum lugar da legislação alemã se disse que, tomando posse própria da caça ou da pesca o caçador ou o pescador, sem permissão do dono das terras ou das águas, adquiriria a propriedade. Donde a divergência, grave, no plano da prática como no plano da teoria. A interpretação que logo se apontou como certa foi a de, com tal posse contrária a direito, continuar sem dono o animal caçado ou pescado (cp. H. O. LEHMANN, em O. STOBBE, *Handbueh, ~I,* 3.~ ed., 582; DAHMEN, *Der Eigentumser-werb am Wildergut,* 56, 60 e 112), tanto mais quanto foram claros, a propósito, os *Protokolle* (III, 253). Admitindo-se que o dono das terras ou das águas adquire, tinha-se de responder à embaraçante questão: ~ pelo fato do caçador ou pescador? A primeira resposta, no meado do século passado, foi a de ser o caçador ou

pescador representante involuntário, gestor de negócios alheios, do dono das terras ou das águas, ou, em geral, do titular do direito de caça ou de pesca (SCHÚTZE, Vom Eigentumserwerb am Wildergut, *Jahrbuch des ge?neinefl deutschen Rechts,* VI, 104

s.; W. VON BRÍYNNECK, Das heutige deutsche Jagdrecht, *Arehiv fiir die civili.stische Praxis,* 48, 97 s.). A artificialidade ressaltou e repeliu-se tal explicação, principalmente porque a tomada de posse *própria* de modo nenhum se ajusta à noção de representação (cp. arts. 1.332 e 1.333). A opinião contrária firmou-se *(e. g.,* Til.

JAEHNER, *Eigentumserwerb an Wildergut,* 5 s.; F. PFENNINGSDORF, *Das Jagdrecht und der Eigentumserwerb an jagdbaren Tieren,* 76 s.; FR. WILKE, *Die Streitfrage nach dem rechtlichen Schicksat des von einem Unbefugten okkupierten Wildes,* 71 s.; JULIUS NUssBAUM, *Eigentumserwerb an widerrecktlich erlegtem Wild,* 50 s.; B.

MATTHIASS, *Lehrbuch,* II, 75 s.;

JoHANNES KRÚGER, *Zum Begriff e "herrenlos" im EGE.,* 72 s.). Tais dúvidas levaram a pensar em que nem o caçador ou o pescador contra direito nem o dono das terras ou das águas adquiriria a propriedade, evitando-se o chamado "desvio~~ *(Ablenkung)* da propriedade (= ia ao caçador ou pescador e vai ao dono das terras ou das águas), o que aos próprios *Motive* (III, 370) repugnaria. (A discussão em torno dos §§ 932 e 935 do Código Civil alemão é sem importância para o sistema jurídico brasileiro.)

3. PROBLEMA DE CONSTRUÇÃO DA ADQUIRIÇÃO PELO DONO DAS ÁGUAS. O que se disse a respeito do art. 598 também há de atender quanto ao art. 601. Ambos se livram das importunas interrogações da doutrina alemã. O caçador ou pescador, sem permissão do titular do direito de caça, direito que o sistema jurídico brasileiro de modo nenhum confunde com o direito de apropriação, adquire a propriedade do que caçou ou pescou, pois ocupou *res nuflius;* mas perde-a, em virtude de regra jurídica explícita (o art. 598 ou o art. 601).

Com a posse própria, que foi um dos elementos do suporte „fáctico, adquiriu a propriedade. A lei determina que a perca. ~ Quando a perde êle? *a)* No momento imediato em que a adquire, ou *b)* ao ser interpelado pelo dono das terras ou das águas, ou *c)* ao produzir-se a eficácia de decisão judicial, que seria constitutiva positiva? A opinião *c)* faria depender de trânsito em julgado da sentença a perda; e isso

não está no „Código Civil. A opinião *b)* faria dependente de ato do dono das terras ou das águas a perda. A opinião *a)* corresponde -ao que se redigiu nos arts. 598

e 601: qualquer ato interpela -tivo é apenas interpelativo, e não produtivo de efeito negativo da propriedade, que a tirasse; qualquer decisão judicial é declaratória do direito de propriedade do titular do direito de caça ou de pesca, que tem, desde o momento em que se inicia o exercício irregular da caça ou da pesca, direito expectativo e, ao ser apanhada a caça ou pesca, direito de propriedade. O caçador ou pescador adquiriu; e perdeu, por fôrça da lei.

4. SITUAÇÃO JURÍDICA DO CAÇADOR OU PESCADOR QUE CAÇOU OU PESCOU E APANHOU CAÇA OU PESCA SEM QUE O PERMITISSE O TITULAR DO DIREITO DE CAÇA OU PESCA. O caçador ou pescador que se pôs na situação do art. 598 ou do art. 601 não é proprietário, mas é possuídor próprio, *ex hvpothesi;* e isso não se lhe nega no próprio direito alemão *(e. g., G.* PLANCK, *Kommentar,* ~ □

4 a ed., 437). Tem as ações

possessórias; o titular do direito de caça ou pesca tem de ser imitido na posse, ou reivindicar a coisa, conforme os princípios. Se o titular do direito de caça ou pesca não *quer a* coisa e a derrelinque, a coisa volta a ser sem dono e o possuidor que a apanhou sem conservar a propriedade desde êsse momento a ocupa, não com fundamentos no direito de ocupar o que caçou ou pescou, mas como coisa adéspota, *nuilius,* que já está em sua posse. Fora dessa espécie (derrelicção), o titular do direito de propriedade pode perdê-la se, quanto ao animal caçado ou pescado, ocorre especificação (arts. 611-614), confusão, comistão ou adjunção (arts. 615-617), ou usucapião (arts. 618-619), ou tradição (arts. 620-622).

II. ACHADA (OU INVENÇÃO DE COISAS PERDIDAS~

§ 1.731. Achada de coisas perdidas

1.

PERDA DE BENS MÓVEIS. Se se perde a coisa, isto é~ se não se tem a tença, não se ~sabendo onde a coisa está, diz-se que a coisa está

perdida, o que de. modo nenhum importa em perda da propriedade. Se o dono perdeu a coisa e a acha, readquire a posse imediata; se alguém a encontra e a apanha, tem o achador a posse imediata (Tomo X, §§ 1.064, 7, 1.081, 3, 6, 1.103, 1.133).

O

Código Civil, arts. 603-606, põe entre as espécies de ocupação a invenção. Leia-se: achado. Primeiro, ao mais breve exame dos arts. 603-606 sabe-se que o Código Civil não fêz da achada caso de ocupação, salvo se o dono da coisa vem a derrelinqui-la antes de precluso o prazo do art. 606. Segundo, o "abandono" do art. 604 é derrelicção posterior à posse de achador, de jeito que precisa haver, para a ocupação, a superveniente posse própria, o que desloca para a ocupação não-específica a aquisição por fôrça do art. 604.

(Invenão, invenire, é expressão que se pôs em vez de achar-se no lugar da coisa; *venão, invenire,* ao invés de vir ver, vir tocar, vir cheirar, vir escutar, vir gostar.)

A achada ou ato de achamento não é negócio jurídico (G. PLANCK, *Komment ar,* III, 447) ; nem, tão-pouco, ato jurídico *stricto sensu:* é a soma de encontrar, que é fato puro, e tomar posse, que é ato-fato jurídico (sem razão, G.

PLANCK, III, 447, e O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 187). Não há qualquer elemento a mais que faça o achamento ser mais do que ato-fato jurídico, no que se distingue da *negotiorum gestio,* ato jurídico *stricto sensu.* O

achador não quer gerir; o achador, pelo fato de se tornar achador de coisa perdida, assume deveres, por fôrça de lei.

A diferença é gritante. Não pode abandonar a posse imediata (arts. 520, 1, e 486) que tomou (art. 493, 1), pela apanhação, porque, com a tomada da posse, assumiu deveres e obrigações (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 252; E. ENDEMANN, II, *1,* 569; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 450). Tem de entregar a coisa, que achou, ao dono ou possuidor legítimo, ou à autoridade pública. Se o achador émenor, Somente responde segundo o art. 605 se relativamente incapaz (art. 156) ; se absolutamente incapaz, incidem os arts. 156, *ex argumento,* 1.521 (Decreto n.

16.272, de 20 de dezembro de 1923, art. 27, § 7.0; Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, art. 68, § 4.0) e 1.523).

2. DIREITO ROMANO E ACHADA DE COISAS PERDIDAS. No direito romano, quem encontrava coisa perdida não se tornava proprietário (L. 67, D., *de rei vindicatione,* 6, 1: "Tendo alguém comprado ao tutor casa do pupilo, mandou a ela mestre-de-obras para reparação e êsse encontrou dinheiro; pergunta-se a quem pertence.

Respondi que, se não foram tesouros, mas dinheiro acaso perdido, ou por erro não recolhido por aquele a quem pertencia, é, a despeito disso, de quem havia sido", "respondi, si non thensauri fuerunt, sed pecunia forte perdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat"). Donde, se o achador se apossava, como se dono fôra, do achádigo, cometia *furtum* (cf. L. 43, §§ 4-9, D., *de furtis,* 47,2; L. 31, § 1, D., *de adqui„rendo rerum dominão,* 41, 1). Se tinha o intuito de entregar a coisa ao dono, ficava na posição de gestor de negócios alheios e os seus deveres e direitos eram os que se irradiassem da *negotiorum gestio.* Entre os deveres havia de estar o de dar notícia pública do achado, desde que não exigisse tal notícia despesa ou serviço considerável (SCHÚTzE, Zur Lehre von dem. sogenannten Funddiebstahl, *Archiv fiir praktiscke Rechtswissenschaft,* II, 178 s.).

Tentou DELBR!JCK (Vom Finden verlorener Sachen, *Jahrbucker 1-ar die Dogmatik,* III, 1 s.) mostrar que ou o achador, se sem conseqüências a notificação, se tornava proprietário, *ex tunc* (desde o momento da achada), ou, se o dono reclamava a coisa, só lhe cabia o direito à recompensa. Não convenceu, nem convencera SCHUTZE (II, 376, nota 125) quanto à aquisição da propriedade. TH. GIM MERTHAL (Voni. Finden verlorener, derelinquirter und herrenloser Sachen, *Arckiv fúr die civilistische Praxis,* 52, 533 s.) aludiu à usucapião, dando-se abandono ficto (!).

Também isso é de repelir-se. Após a notificação poderia correr o tempo para usucapir, se sobreviessem os pressupostos.

3. DIREITO ALEMÃO. No direito alemão, o ato de achar não é modo de adquirir a propriedade, apenas dêle se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações (S. GIzINSKI, *Der Besitz und der Eigentumserwerb des Finders,* 72 5.); mas o achador faz seu, *ipso jure,* após tempo, o achado, o que de modo nenhum ocorre no direito brasileiro.

4. COISAS ESQUECIDAS E COISAS PERDIDAS. Coisas esquecidas são as que se puseram em lugar escolhido, ou não, ou se achavam em

determinado lugar, e não mais se sabe onde era. Perdidas são as de que se ignora o lugar a que foram parar, ou em que ficaram. Não é o mesmo perder e esquecer, nem o mesmo coisas perdidas e coisas esquecidas. Mas, se alguém encontra coisa de que o dono se esqueceu e a apanha, trata-se tal coisa como se perdida tivesse sido, pois que o achador, tomando posse imediata, a tirou do dono (KARL OESTERREICH, *Das Reckt des Finders verlorener Sachen,* 9). A opinião do achador sôbre se tratar de coisa perdida ou esquecida, ainda de boa fé, é sem relevância, porque a coisa, o lugar e as circunstâncias é que decidem sôbre se ter de considerar como coisa de que alguém se esqueceu, ou coisa perdida, ou como coisa que esquecida como foi (lugar, tempo, natureza ou qualidade da coisa) se há de ter por perdida (cf. F. WALTHER, *Vber den Funddiebstahl,* 77 s.). O ter, ou não, o dono ciência de ter perdido a coisa é sem relevância; aliás pode-se perder vendo-se perder, como se o chapéu ou a caixa cai no rio, ou se o relógio cai do trem em marcha.

Em geral, é indiferente se houve negligência, ou não, do dono da coisa. Quem brincava de jogar pela janela do trem, ou da casa, algum objeto, ou fingia que o ia atirar fora, e o objeto escapole, ou cai, se não o pode ir buscar, ou se o não encontra, por certo que se entende tê-lo perdido.

5. ACHADA E FONTE HISTÓIRICA NOS SÉCULOS XIII, XV E XVI.

No caso de perda da coisa, quem a acha deve restitui-la ao dono ou possuídor, logo que o descubra. Se não o descobre, tem de entregá-la à autoridade competente (art. 603). O dever de entregar preexiste ao conhecimento do nome, ou da pessoa, a quem pertence a propriedade ou a posse. Se há razão para, pelas circunstâncias, se crer na derrelicção, a obrigação de entregar Somente nasce com a informação de que não se trata de coisa derrelicta. Nas Ordenações Afonsinas, Livro V, Título 54, § 4 (adendo à lei de D. Dinis), estabelecia-se:

.... declarando e adendo acêrca dela dizemos que todo aquele, que acha ave alheia, ou outra coisa qualquer, tanto que soube cuja é, deve-lha logo de entregar, pôsto que requerido nom seja; e nom lha entregando, e usando-se dela sem vontade daquele cuja é, comete furto, e deve ser costrangido que torne a seu dono essa coisa que achou, com duas vêzes tanto quanto vai". No § 5: "E nom sabendo cuja é essa coisa que assi achou; deve-a mandar apregoar em Concelho antes de trinta dias passados; e não a mandando assi apregoar, usando-se dela depois do dito tempo, seu dono lha poderá demandar

com dobro, como dito é; cabem se mostra que vontade teve de contrantar o alheo, pois que caladamente se usava dêle, sabendo que non era seu, e não o querendo denunciar per tanto tempo". No § 6:

"E vindo seu dono demandar essa coisa achada, no caso honde o achador furto nom cometeo, deve primeiramente pagar ao achador toda as custas e despesas que fêz, por achar e conservar essa coisa que assi achou, e mais, se fôr caçador, deve-lhe pagar achádego, como na Ordenação é declarado". O essencial passou às Ordenações Manuelinas, Livro V, Título 41, § 1, e às Ordenações Filipinas, Livro V, Título 62, § 3: "E todo aquele, que achar ave alheia, ou outra qualquer coisa, tanto que souber cuja é, lha entregue logo, pôsto que requerido não seja. E não a entregando, e usando dela sem vontade de ser dono, seja constrangido que lha torne, e mais seja punido, como se a princípio lha furtara. E não sabendo cuja é, a mandará apregoar per espaço de trinta dias em lugares públicos e costumados. E não mandando apregoar, e usando dela depois do dito tempo, seu dono lha poderá demandar, e lhe será julgada: e será outrossim punido de furto. E vindo seu dono a demandar essa coisa achada, no caso onde o achador não cometeu furto, pagará primeiro ao achador todas as custas e despesas, que fêz por achar e guardar essa coisa, que achou e mais, se fôr caçador, pagar-lhe-á achádego. . ." No § 4:

"E nas outras coisas, que achadas, forem, o achador será obrigado geralmente em todo tempo (a) entregar isso, que achou, sem poder demandar achádego, salvo se lhe fôr prometido".

6. PERDA DE COISA, NO SENTIDO DO CÓDIGO CIVIL, ART. 603.

Perder a coisa está em sentido técnico. Não é perder a propriedade da coisa. Nem é, sempre, perda da posse mediata. No sentido técnico, só se perdem coisas móveis, não se perdem terrenos, nem edifícios; nem, tão-pouco, direitos (cf. DELBRUCK, Vom Finden verlorener Sachen, *Jahrbucher fiir die Dogmatik,* III, 19). O ato material de perda tanto pode partir do dono, como do possuidor próprio, ou do possuidor imediato não-próprio, ou do servidor da posse, ou do tenedor (SCHÚTZE., Zur Lehre von dem sogenannten Funddiebstahl, *Archiv fúr praktische Rechtswissenschaft,* II, 157). Mas é preciso que a coisa pertença a alguém; quem perde a coisa *nuilius* não se pode crer achador de coisa perdida, no sentido do art. 603:

"Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restitui-la ao dono ou legítimo possuidor" (cf. Código Penal, art.

169, parágrafo único, II). Se a coisa é sem dono, ou não, quase sempre ressalta do valor, ou da aparência de estimação pessoal; porém, *se há dúvida,* o achador há de ter por perdida, e não por sem dono, a coisa (DELBRUCK, Vom Finden verlorener Sachen, *JahrbUcher filr die Dogmatik,* III, 20 5.; KARL OESTERREICH, *Das Recht des Finders verlorener Sachen,* 20 s.). E‟ preciso que a pessoa que tem a coisa dela fique privada (perca a posse imediata) sem intenção, ainda que negligente tenha sido: portanto, que, ao tempo em que percebe que não a tem, não saiba onde se encontra, ou pense, erradamente, que o sabe. Se houve

intenção, não houve perda da coisa, pôsto que possa ter havido perda do direito de propriedade, pela derrelicção. O

que do navio ou da aeronave se joga para alívio da carga, ou para se evitar algum perigo, não é coisa perdida. Na L.

9, § 8, D., *de adquirendo rerum dominão,* 41, 1, diz-se que não são derrelictas, nem perdidas: não foram lançadas ao mar porque alguém não as quer, mas sim para melhor se fugir, com o navio, do perigo (magis cum ipsa nave periculum maris effugiat). Não basta que o tenedor não saiba onde está, se bem que s~mente possa estar dentro do imóvel que possui, ou em posse de quem é dono da coisa (“Não encontro; mas não está perdida”; “Não o acho; mas deve estar por aí”). Se não se ignora onde está, não se perdeu a posse imediata, salvo outra causa de perda (cf.

POMPÔNÃO, L. 23, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2). NERVA, segundo PAULO (L. 3, § 13, D., *de ad quirenda vel amittenda possessione,* 41, 2), dizia que, se se perde a posse do vaso, perdido está êle, à diferença de quando a coisa está sob minha custódia e não se encontre, porque está presente *(quja praesentia eius sit).* Apenas o direito romano exigia o *cor pus* à posse, o de que abstraiu o direito brasileiro, de modo que o perdedor mesmo pode continuar de ter posse, mediata, sendo imediata a posse do achador, ou da autoridade pública, a que o achador entregou o achado.

a) A coisa, que outrem esqueceu onde pusera, é coisa perdida, se o dono não a pode encontrar. Se o ladrão, fugindo, deixa cair, em lugar diferente, a coisa, ou a joga fora, perdeu-a o dono, pois que encontrá-la não pode. Se quem jogou fora, ou deixou cair, foi o depositário, ou o servidor da posse, dá-se o mesmo. Não há, aí, derrelicção.

Também, se o dono a derrelinqtiíu, mas, antes de alguém ocupar a coisa, declara que errara, ou que houve dolo de alguém, ou violência,

tal declaração tem eficácia *ex tunc,* porque opera como se tivesse havido decretação da invalidade do negócio jurídico da derrelicção. Aí, a coisa *nuilius* converte-se em coisa perdida. (Razão por que foi infeliz o Código Civil alemão, § 935, em falar de coisas extraviadas, "abhanden gekommen".) Não há, porém, pensar-se em revogação; a derrelicção é irrevogável. Pode haver a ocupação, ou a declaração de vontade quanto à invalidade, que desconstitui no plano jurídico, como se fôra distrato, não no plano fáctico, no plano da *vox.*

b) O que se perde dentro de casa, sem que se possa considerar achável por outrem que não seja pessoa da casa, ou visitante, não é coisa perdida. Porém não se poderia ir ao extremo dos que afirmam que "O que está em casa não está perdido" (sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 446; SCHLIEwEN, em BUSCH, ERLER, etc., *Das Bitrgerliche Gesetzbuch,* III, 293 s.). Dentro do lar pude perder-se moeda, ou pedra, ou outra coisa pequena, que entrou por algum escoadouro de água, ou anfratura do soalho, de modo que só se pode encontrar quando se haja de arrancar o cano, ou mudar o soalho, ou consertá-lo (cf. F. BERNHÓFT, *Rechtsfragen des tdglichen Lebens,* 1, 13). Tanto se pode perder em casa alheia, ou em carro particular de outrem (sem razão, os que vêem posse do dono da casa ou do carro, como óbice a considerar perdida, como SCHÃFER, tTber Fundrecht, *Seufferts BUitter,* 68, 1 *5.;* SILBERSCHMIDT, Der Fund in Privat- und Gasthãusern, 68, 109 5.; cp. W. FRANCKE, Rãumlichkeiten als Orte des Verlierens und Findens, *Hirths Annalen,* 36, 310 s.).

c) Se o ladrão enterra ou esconde a coisa, para ocultar o crime, ou antes ou após a condenação, para ir buscá-la mais tarde, não há coisa perdida, mas coisa furtiva. Quem a encontre encontra coisa furtada, possuida pelo ladrão.

d) Se o achador esconde a coisa, ou deixa-a no lugar, para dela se apropriar mais tarde, furta coisa perdida.

Perdida é também a coisa que se enviou em nome do destinatário e terceiro encontra no chão. *Aliter,* se a jogou fora aquele cujo nome consta do pacote, ou da própria coisa, ou alguém que a conduzia e tinha poder de disposição. Não é coisa perdida a pérola que o hóspede encontra na ostra:

ou o hotel ou estalajadeiro adquire a posse, ou o hóspede; e a razão não está em que não tinha dono (sem razão, F.

ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* 8.8 e 9~8 ed., 568, nota 3), mas em que o hotel ou estalajadeiro vendeu a comida e o hóspede pode ter posse

própria de qualquer parte dela, salvo ressalva, que, na espécie, não se costuma fazer (cf.

JULIUS GIERKE, Das Recht an der in einer Auster gefundenen Perle, *Deutsche Juristen*

-Zeitung, X, 396 s.; 5. SCHLOSSMANN, Zum Wirtshausrecht, *Jherings Jahrbiicher* 49, 139 *5.).* Se o visitante se esquece de levar o chapéu, ao sair da casa da pessoa visitada, não o perdeu. Quando se entende perdida a coisa? Os que confundem perda da coisa com perda da posse simplisticamente dizem:

"Quem perde a posse perde a coisa", "Quem perde a coisa perde a posse". Mas é ilusória a precisão de tal coincidência, ainda mesmo para aqueles que adotam tal teoria chamada "teoria da posse" (Besitztheorie") do perdimento, ou, melhor, teoria do perdimento pela posse. Uns exigem a coincidência, sem exigirem a adespotia possessória em seguida; outros, exigindo-a; outros, ainda, satisfazendo-se com a coincidência com a possível perda da posse. Outros há, como E. BLÀNKNER *(Die rec>&tliche Stellung des Finders,* 14), que não levam em conta o ficais objetivamente sem posse e supõem o ponto de vista subjetivo do perdente. Contra tal teoria, em seus diferentes matizes, estã~ os que admitem que, às vêzes, com a perda da coisa se perca a posse, mas advertem em que tal perda da posse e a apossessoriedade (Besitzlosigkeit) posterior não são elementos necessários (cf. FISCHER-HENLE; depois, H. BUHL, *Das Recht der beweglichen Sachen,* 53; A. BRtYCKMANN, Der Begriff der verlorenen Sache, *Archiv flir Biirgerliches Recht,* 23, 322 s.). Assim, tem de pensar em outro momento, razão por que A.

BRtiCKMANN o fixou naquele em que o dono ou possuidor da coisa não mais tem poder econômico sôbre a coisa, o que é vago. F. ENDEMANN aludiu àquele em qu~ a coisa não está mais ao alcance da mão, ao momento da perda da custódia. A teoria da involuntariedade seduziu a muitos, como G. PLANCK *(Kommentar,* III, 445), SILBERSCHMIDT (Der Fund in Privatund Gasthausern, *Seu fferts BlÉttter,* 341), P. SIMEoN *(Recht und Rechtsgang,* 1, 602 s.) e W. MOHR *(Der Fund verlorener Sachen,* 14). Ainda houve quem dissesse Somente estar perdida a coisa de quem não se sabe quem é o dono (cp. HANS PFLEIDERER, *Der Begrifi der verlorenen Sache,* 9), que também acentua o elemento da achabilidade, como se não estivessem perdidas as coisas, que se perderam e não se podem achar.

7. ACHADA E ELEMENTOS DO SUPORTE FÁCTICO. Achar é encontrar. Têcnicamente, acha quem encontra a coisa perdida, se bem que, na linguagem vulgar, também se diga que se acha o que não está perdido, mas de que apenas se havia esquecido ou se ignorava o lugar preciso em que estava. O achador pode encontrar (ver, ouvir, tocar, experimentar o sabor, cheirar), e não se apossar da coisa. Juridicamente, o que é relevante é a tomada de posse não -

própria, como posse de achádigo (SCHÚTZE, Zur Lehre von dem sogenannten Funddiebstahl und der Unterschlagung, *Archiv filr die praktische Rechtswissenschaft,* II, 173>. Se o achador fêz esforços, investigações, pesquisas, ou ordenou, com despesas, pesquisas, ou organizou serviço para encontrar a coisa perdida, ou se a encontrou por acaso, éindiferente (DELBRUCK, Vom Finden verlorener Sachen, *Jahrbitcher flir die Dogmatik,* III, 24).

8. PLURALIDADE DE DONOS E DE ACHADORES. A coisa perdida pode pertencer a duas ou mais pessoas, ou ser achada por duas ou mais pessoas. Se duas pessoas disputavam a propriedade no momento em que a coisa se perdeu, ambas têm de comparecer no prazo fixado pelo edital, tendo-se de depositar a coisa, a expensas de ambas, até que se decida, no processo adequado~ a questão. Idem, se disputavam a posse, e sobre vém ou já havia litígio possessório, ou de reivindicação da posse.

A disputa entre pessoas que dizem terem sido o achador único não impede que o tenedor da coisa comunique à autoridade pública e promova o procedimento edital. A questão de quem primeiro tomou posse da coisa é de decidir-se noutro processo. Todavia, se alguém encontrou e caminhou ou se movimentou para apanhar a coisa e outrem, que a percebeu depois, mais cedo chega, tem-se por achador aquela pessoa (ECK, *Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages,* 63; KARL OESTERREICH, *Das Recht des Finders verlorener Sachen,* 10). Donde se tira que as circunstâncias têm de ser examinadas.

9.

ACHADOR, O QUE É. Achador é o que apanha coisa perdida. E‟ preciso mais do que encontrar, porém destoaria do sistema jurídico brasileiro que se reduzisse a apanha à apanhação material, exigindo-se o *corpus.* Se A e B vêem e A não tem qualquer movimento para apanhar, ainda que tenha intenção de volver depois, mas B apanha, B

é o único achador, ainda que A houvesse visto primeiro. E‟ preciso

algo que se interprete como tomada de posse, ainda à distância. Por isso não basta a intenção, se bem que possa bastar dizer A a B que volverá ao lugar para apanhar. Se B discorda, ou os dois tomam posse, ao longe, ao mesmo tempo (co-achadores), ou se estabelece luta que se há de dirimir, juridicamente, com o reconhecimento de que o primeiro ato para ir apossar-se ou a declaração não reprovada por tardia foi que determinou o achador. Evite-se a opinião que dá ao *animus,* à intenção, à preferência, ainda para a indenizabilidade que imaginou MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 262, nota 5). E‟ preciso que na pessoa se complete o suporte fáctico, que tem dois elementos necessários: encontrar e apanhar, no sentido que tem no sistema jurídico brasileiro. Os princípios concernentes à tomada de posse imediata é que hão de ser observados, quer própria, quer não própria. E‟ achador tanto o que acha e recolhe a coisa para entregar ao dono, ou à autoridade pública, quanto o que dela se apossa *como sua.* Aliás, se alguém encontra a coisa, a toma para examinar e depois a solta, não se fêz achador.

Se foi o servidor da posse, que achou a coisa, ou alguma pessoa que está em relação com outra, tal que a tomada de posse imediata implique tomada de posse mediata pela outra, achador é essoutra pessoa.

O achador não precisa saber se a coisa é *nuilius,* ou perdida. Donde poder-se dizer que a posse imprópria *basta.* Se a coisa é coisa perdida, achador é. Se é coisa sem dono, não éêle achador: se a cria *nuilius* e o era e tomou posse própria, ocupou-a; se a cria perdida e era *nuilius,* tendo tomado apenas posse imprópria, precisa passar a possui-la como própria para que se dê a ocupação. Foi erro de OTTO vON GIERKE *(Deutsches Privatrecht,* II, 534) entender que se torna automàticamente dono. ~ Como, se não houve posse própria, elemento necessário do suporte fáctico da ocupação?

O achador pode ser o incapaz, absoluta ou relativamente.

Porque a achada não é negócio jurídico nem ato jurídico *stricto sensu:* nela, há o encontrar, elemento puramente fáctico, e a tomada de posse, que é ato-fato jurídico (Tomo II, §§ 159, tabela, 212, 2, e 217, 3; IV, §§ 385, 2, 386, 3; V, 542, 1; *X,* §§ 1.068, 2, 1.080, 1.084, 7; 1.087, 1, 1.090, 2, 1.092, 2).

§ 1.732. Entrega do achado à autoridade pública e procedimento edital

1. ENTREGA À AUTORIDADE PÚBLICA. A entrega há de ser imediata, após as pesquisas pelo achador (art.

603, parágrafo único: “Não o conhecendo, o inventor fará por descobri-lo, e, quando se lhe não depare, entregará o objeto achado à autoridade competente no lugar”). Autoridade competente, para receber, é a autoridade policial (Código de Processo Civil, art. 591), que toma as declarações do achador e remete os autos ao juiz, que o manda avaliar e entregar ao depositário público, ou, se se trata de dinheiro, pedra ou metal precioso, ao Banco do Brasil, ou, não havendo, no lugar, agência, ao depositário público, ou a outro estabelecimento de crédito da localidade. Feita a avaliação, publica-se, duas vêzes, o edital, no qual se fixa prazo de um mês para que, dentro dêle, se apresentem as pessoas interessadas (Código de Processo Civil, art. 592). Se o dono, ou legítimo possuidor comparece, provando o direito, recebe a coisa, pagas as despesas e a recompensa (Código Civil, art. 606).

Contam-se seis meses desde o aviso à autoridade pública, durante os quais se esperam as reclamações dos interessados, para que possa ser vendida a coisa. Finda a hasta pública, deduzidas as despesas e a recompensa do achador, se foi devida, o remanescente pertence ao Estado (União, Distrito Federal, Estados-membros, Territórios) .

E‟ assim que se há de entender o art. 606 do Código Civil, que o art. 592 do Código de Processo Civil não derrogou, como erradamente se tem dito.

Estatui o art. 606: “Decorridos seis meses de aviso à autoridade, não se apresentando ninguém que mostre dominio sôbre a coisa, será esta vendida em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do inventor (art. 604), pertencerá o remanescente ao Estado, ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objeto perdido, ou à União, se foi achado em território ainda não constituído em Estado”.

Se o achador comunica ao dono da coisa a achada, não precisa entregá-la à autoridade pública para o procedimento edital. Aguarda que a venha buscar, salvo se prometeu enviá-la, ou disse que entregaria à autoridade pública.

2. EDITAL. O edital há de ser publicado, com intervalo de dez dias, duas vêzes. Nesse edital marca-se o prazo de um mês para a comparência. Quem, dentro do mês, se apresenta, alegando e

provando o direito sôbre a coisa, recebe-a. Passado o mês, ainda pode apresentar-se, mas tem de justificar por que não compareceu no prazo legal e expõe-se a que, corridos os seis meses do art. 606 do Código Civil, se haja vendido a coisa, ou adjudicado ao achador ou ao Estado. No art. 593 do Código de Processo Civil, diz-se: "Os editais conterão, em resumo, a descrição dos bens, com os seus característicos, as circunstâncias e a data em que foram achados, ou apreendidos, e o lugar onde foram depositados". A descrição dos bens tem a finalidade de tornar identificável pelo perdente da coisa aquela que se descreve. Donde ser mais relevante marca ou sinal que a própria descrição. As circunstâncias de lugar e de tempo auxiliam essa identificação. O edital que omita o que identificaria é *ineficaz*.

Se o terceiro, que devera ter sido notificado públicamente, não o foi, por se não ter, por exemplo, mencionado a marca ou o número do objeto achado, a decisão do juiz, atribuindo o remanescente ao Estado, é ineficaz contra êle.

Daí ter a ação de enriquecimento injustificado, contra o Estado.

Se o achador entregou a coisa achada a quem lhe pareceu ~dono ou legítimo possuidor, a responsabilidade dêle é baseada noart. 605.

3. ACHADO EM ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS OU EM TRANSCORTES COLETIVOS. Se o achado foi em estabelecimento público, ou em transportes públicos coletivos, o achador deve entregar, imediatamente, à administração, ou a empregado que lhe pareça ser habilitado a receber, ou, se há razão para que o ~prefira *(e. g.,* extraordinário valor da coisa), comunicar à administração e levá-la imediatamente à autoridade competente, ou entregar à administração, exigindo recibo em que se descreva a coisa. Tal regra jurídica, *não escrita,* faz parte, como uso, do sistema jurídico brasileiro. Não há dever de entrega se o achador conhece a pessoa ou a pode reconhecer. A repartição ou administração assume, com o recebimento, os ~deveres de achador, inclusive o do art. 606. O achador, que assim procedeu, perde direito à recompensa, pôsto que possa cobrar despesas (cf. F. K. NEUBECKER, Zum Fund in einer Droschke, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 16, 143 s.).

4. RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE ACHADOR E DONO DA COISA.

O achador guarda a coisa alheia até que a entregue ao dono. ou à

autoridade pública para que se processe à publicação do edital e se dê destino à coisa. A figura da relação jurídica é, diz-se, a da *negotiorum gestio* (B.

WINDSCHEID, *Lehrbuch.* 1, 9.~ ed., 945; SCHÍITzE, Zur Lehre von dem sogenannten Funddiebstahl, *Archiv f"llr praictische Rechtswissenschaft,* II, 178 5.; DELBRÚCK, Vom Finden verlorener Sachen, *Jahrbiicher fi~r die Dogmatilc,* III, 25). Discordava R. VON JHEaING *(Der Besitzwille,* 422 s.), por não ter encontrado nas fontes razão para se pensar em *negotiorum gestio:* ou leva o achador a coisa ao dono; ou não a leva; se não procede como deve, não tem o" dever de ir até o fim, como o gestor de negócios, tanto que pode recusar-se a ficar com a coisa como achador e repô-la onde achou (com ou sem razão, *e. g.,* a coisa mancharia o vestido, a coisa é pesada, ficaria feio andar com ela pelas ruas). Em verdade, obra para si, e não para o dono da coisa. As ações que o direito romano dava ao dono da coisa eram a ges *tio,* ou a *condictio furtiva* e a *actio ad exhibendum.* Aliás, & questão Somente tem importância para o caso de comunicar o achador ao dono que tem consigo a coisa, o que dispensa a comunicação edital (cf. E. L. WEISS, *Das Recht des Finders,* 13s.).

Não se pode dizer mais do que, se o achador pratica atos de gestão, ser gestor. Se cria ser *nuilius* a coisa, gestor não~

se fêz.

Quanto à situação possessória do achador, não se podem dar respostas às questões com os olhos fitos em textos anteriores ao Código Civil, nem sob influência de leituras estrangeiras. O Código Civil alemão é o que está na linha das novas teorias da posse, mas superou-o o Código Civil brasileiro. As discussões em torno de conceitos de detenção e posse jurídica são impertinentes, por mais adequadas ao problema que tiverem sido (cf. M. SPITTEL, *Besitz und Ersitzung,* 16 5.; E.

HASS, *Die Klagen des Verlierera,* 18; A. SIEVEKING, *Der Finder und die gefundene Sache,* 15; O. FREITAG, *Die Besitzverhiiltnisse an der gefundeneu Sache,* 15 s.; W. MoHR, *Der Fund verlorener Sachen,* 19 5.). O achador toma posse; se toma posse própria, não é achador: porque o achador supõe que a alguém cabe a posse mediata, êle só tem posse imediata imprópria, posse que se mediatiza quando êle entrega à autoridade pública o achádigo (Tomo X, § 1.081, 6).

5. RESPONSABILIDADE DO ACHADOR. a) O achador Somente responde por dolo. E" o que está no art. 605, embora se afaste de

outros sistemas jurídicos: “O inventor responde pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo, quando tiver procedido com dolo”. Mais acertado teria sido, *de iure condendo,* que bastasse a culpa; mas havemos de entender que o art. 605 Somente concerne ao inventor que se não apossou, prôpriamente, da coisa (passando a ter posse própria, deixou de ser inventor, e responde como o ladrão), nem infringiu o dever de entregar à autoridade competente a coisa achada, porque a posse, que daí em diante se estabelece, é contrária a direito.

b) O dever de custódia que tem o achador compreende a guarda e, se é o caso, a mantença. Não é a êle que cabe apreciar se menos vale a coisa achada do que as despesas. Se essas são grandes e maiores, ou assaz pesadas para êle, o caminho que tem é desembaraçar-se dela, entregando-a à autoridade pública. Se, porém, se trata de coisa que se deterioraria antes de ser entregue à autoridade pública, ou tal que a autoridade pública não a receberia, deve o achador comunicar à autoridade pública, se não sabe quem a perdeu, e consumi-la, respondendo pela indenização, em virtude do enriquecimento injustificado.

6. DIREITOS DO ACHADOR. a) O achador tem direito, primeiramente, ao ressarcimento dos gastos que tenha feito com a guarda, ou com a guarda e a mantença da coisa achada, e para descobrir quem é o dono da coisa ou o seu legítimo possuídor. As circunstâncias é que determinam se tais gastos são necessários; todavia, se, sem dolo, os teve como necessários sem o serem, são de ressarcir-se. Se não eram necessários os gastos para a descoberta do perdente, mas lhe parecem necessários, hão de ser ressarcidos.

b) O achador tem direito à recompensa, de que adiante se vai falar.

c) Também lhe assistem pelos gastos e recompensa:

a) o *direito de retenção* da coisa achada; *b)* a *ação condenatória,* se o dono ora possuidor recebeu a coisa achada, ou se ratificou os gastos e a recompensa; *c)* a *ação cominatória* para que o dono ou possuidor legítimo pague as despesas e a recompensa, ou declare se prefere derrelinquila. As duas atitudes *a)* e *b)* Somente se podem dirigir contra o dono ou possuidor que se prontificou a receber a coisa, ou a

recebeu (posse imediata, mediatizada pelo constituto possessório).

c) O achador tem o ônus de alegar e lirovar que o e. Se tem a coisa perdida, presume-se (presunção *hominis)* que a achou: ou é coisa perdida, que está em mão de outrem, ou foi achada, ou furtada, ou por outro modo retirada ao dono ou possuidor. Se terceiro que se disse dono, ou legítimo possuidor, paga as despesas e o achádigo, o dono ou legitimo possuidor está liberado perante o achador que a entregou, ainda que tenha havido reivindicação, vindicação da posse, ou restituição possessória. Se o dono ou possuidor legítimo paga as despesas e a recompensa à pessoa que lhe trouxe a coisa achada, fica liberado em relação ao achador.

O achador pode vir a usucapir a coisa achada, como poderia o ladrão. Desde o momento em que começou de ter posse própria, achador deixou de ser, para ser possuidor de má fé, ou possuidor de boa fé, se cria em que se tratasse de *res nuilius.* No primeiro caso, rege o art. 619; no segundo, o art. 618. Os arts. 552 e 553 são invocáveis. No sistema jurídico brasileiro, a sentença é declaratória. Não temos, porém, a aquisição pelo silêncio, com eficácia *ex nunc.*

Se o dono da coisa a derrelínquila, pode adquiri-la o achador, conforme mais adiante se exporá.

§ 1.733. Entrega da coisa

1. DEVER DE ENTREGA. Quem acha coisa alheia perdida há de entregá-la ao dono ou ao legítimo possuidor, diz o art. 603. Acrescenta o parágrafo único: “Não o conhecendo, o inventor fará por descobri-lo e, quando se lhe não depare, entregará o objeto achado à autoridade competente no lugar

Ao dono, ou ao legítimo possuidor; ou à autoridade pública.

a) O dono da coisa tem direito a receber a coisa. Mas pode dar-se que a entrega haja de ser a outrem que o dono, *e.*

g., o credor pignoratício, o mandatário do dono, inclusive a quem tenha pretensão à entrega, ou a quem seja de interesse do dono que se entregue. Tudo isso nada tem com as regras jurídicas sôbre achamento. O ladrão que perdeu a coisa roubada tem pretensão a que se lhe entregue.

b) Se dois ou mais foram os perdedores, com direito a receber a coisa,

ou se uma só pessoa perdeu, mas há mais de titular do direito de receber a coisa, há de atender o achador ao grau em que, no tocante à posse imediata, têm de ficar. Nem sempre se há de pensar em solidariedade (sem razão, OTTO VON GIERKE, *Lehrbuch,* II, 534, e E.

BRODMANN, em G. PLANCK, *Kommentar,* III, 452): se a coisa estava empenhada, ao credor pignoratício é que há de ser entregue; se o dono empenhante pediu ou assentiu em que o credor pignoraticio mostrasse ou emprestasse a coisa a terceira pessoa e essa a perdeu, é a essa, ou, em segundo lugar, ao credor pignoratício que há de ser entregue, embora qualquer das três pessoas tenha pretensão à entrega. O que está à frente pode .declarar não querer a entrega, ou achar-se em situação de não a poder receber. Entendeu H. O. DE BoOR *(Die Kolliaion von Forderungsrechten,* 93) que a mora é que decide, tem de entregar a quem o constituiu em mora, ou, se ainda nenhum o interpelou, a qualquer dos legitimados. Sem razão; a mora fixa, porém, antes da mora, tem de examinar a quem há de entregar.

c) Vendida em hasta pública a coisa, dá-se sub-rogação real. Se o dono ou possuidor legitimo reclama o remanescente, por ainda ser tempo para isso, a autoridade pública não lhe deve entregar a coisa sem ser ouvido o achador, porque tem êsse posse intermédia (posse mediata, superior à posse imediata do Estado>.

2. LADRÃO E ENTREGA. O ladrão também tem direito e pretensão à entrega da coisa, se não há possuidor que se apresente; mas, se se sabe que é ladrão e cabe a ação penal, só o inicio dessa o torna "possuidor ilegítimo", devendo-se depositar a coisa, até que se decida a questão penal. A declaração dêle de que quer a coisa para entregar ao dono, ou legitimo possuidor, ou à polícia, tem eficácia para entrega, sob as cautelas necessárias. O perdente da coisa é o dono ou legitimo possuidor a que foi furtada, se o ladrão a perdeu.

3. QUEM FAZ ENTREGA AO PERDENTE DA COISA. A entrega pode ser feita: *a)* pelo achador, que sabe quem seja, ou. venha a saber quem é o dono ou legitimo possuidor da coisa (art. 603); *b)* pela autoridade policial, ao ser-lhe entregue e antes de remeter ao juiz, se não há "fundada suspeita" de subtração (Código de Processo Civil, art.

594: "Quando houver fundada suspeita de subtração dos bens achados, a autoridade policial converterá a apreensão em inquérito e, em havendo reclamação, declinará para o juiz a entrega, se lhe parecer duvidoso o direito da parte"); *c)* pelo juiz. "Fundada suspeita"

é suspeita com razões de suspeitar-se.

§ 1.734. Recompensa ao achador

1. CONCEITO E HISTÓRIA DO ACHÁDIGO. Lê-se no art. 604:

"O que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, terá direito a uma recompensa e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la". E‟ o achádigo, ou prêmio, dito também alvíssaras. Com êle recompensa-se o ato da apanha, não o de achamento, porque o que acha a coisa e não a apanha não tem direito ao achádigo. Todavia, já antes do Código Civil, mas, *a fortiori,* após êle, que abstraiu do *animus* e do *corpus,* na teoria da posse, quem encontra a coisa e a deixa no lugar em que estava, por entender que outrem dificilmente a pode achar, ou a cobxe, ou toma qualquer providência de resguardo da coisa, tomou posse da coisa como achador e tem jus à recompensa. Pràticamente, quem comunica, eficientemente, ao dono ter encontrado, pode cobrá-la. Entende-se que houve apanha, porque o sistema jurídico, no tocante à posse, abstrai do *corpus.*

No direito romano não havia a pretensão à recompensa. Na L. 43, § 9, D., *de furtis,* 47, 2, ULPIANO pergunta:

"Quid ergo, si EíSQEtQa quae dicunt petat? nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat aliquid". Logo ~ que se dirá se pede o que se diz (prêmio de achada)? Que tão-pouco se considera que êsse comete crime, ainda que sem probidade algo peça. A passagem depõe, decisivamente, contra a existência do direito e da pretensão ao prêmio. Em manuscritos jurídicos sírio-romanos aparecem prêmios por achada, porém não têm qualquer fundamento em direito romano (cf. L. MIT"rEís, Uber die drei neuen Handschriften des syrisch-rómischen Rechtsbuchs, *Abh. der Preuss.*

Akart., 1905, 41 s.).

Na Lex Visigothorum já havia a recompensa ao achador, porém só em certos casos *(e. g.,* se não morava no mesmo distrito judiciário). Noutras leis germânicas, também (Sachsenspiegel, II, 37, §§ 1-3; R. GERBER, *Der Finderlohn;* 10).

Nas Ordenações Afonsinas, Livro V, Titulo 54, § 6, está a regra jurídica sôbre direito e pretensão a achádigo (prêmio pela achada, *praemiurn inventionis),* "como na Ordenação é declarado" (cf. Ordenações Manuelinas, Livro V, Titulo 41, § 1; Ordenações Filipinas, Livro V, Titulo 62, §§ 3 e 4).

O achádigo (alvíssaras) só se devia ao caçador, e não ao que achasse outras coisas.

A recompensa aparece no Preussisches Alígemeines Landrecht, mas teve o prêmio de achado seus inimigos, sendo o maior deles G. PFIZER, que na *Aligemeine Zeitung* de 8 de maio de 1893, o reputava "direito imoral", "direito para nação de criados", "mancha do direito alemão", prêmio que não fica bem "à pátria do imperativo categórico".

A recompensa ao achador é *de lege lata.* Também *de lege ferenda* não seria admissível deixar-se a líbito do dono da coisa, como gorjeta. Em verdade, as legislações seguiram a trilha da pretensão à recompensa e ainda onde falta texto legal doutrina e jurisprudência a apontaram (cf. R. GERBER. *Der Finde rlohn,* 15 s.).

O fundamento da recompensa é o prêmio ao cuidado e responsabilidade do achador (H. DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts,* ~, 5.~ ed., 559, nota 2; E. ECK, Wie die Behandlung gefundener Sachen civilrechtlich einheitlich zu regeln?, *Gutachten des 16. deutschen Juristentags,* 54; A. SIEvEKING, *Der Fin der und die gefundene Sache,* 21; E. L. WEISS, *Das Recht des Finders,* 25; em parte,

R. GERBER, *Der Finderlohn,* 24; M.

DOLEZYCH, *Die RechtsverMltnisse am Fund und Schatz,* 25; R. BEHREND, *Der Begriff der verlorenen Sache,* 21; B. CHAFFAK, *Fundsache und Schatz,* 35; W. ELLER, *Die recht liche Stellung des Finders,* 59; H. WEDELL, *Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder,* 41 s.; Ii. KRAUSE,. *Der Anspruch des Finders auf Finderlohn,* 10 s.). Sem razáor os *Motive* (III, 381) referiam-se a prêmio pela honestidade; W. MOHR *(Der Fund verlorener Sachen,* 38), à torna da coisa perdida (~ mas a recompensa é devida ainda que não apareça o dono!); DAUDE *(Gutachten,* 89) e, em parte, R. GERBER *(Der Finderlohn,* 24).

Se o achador perde de nôvo a coisa, o segundo achador tem direito à recompensa; se a recebe do dono, pode o primeiro achador, não-negligente, cobrar a sua, se a teria do dono, se não a tivesse perdido (cp. H. KRAUSE, *Der Anspruch des Fin ders auf Finderlohn,* 18 5.).

2. DERRELICÇÃO DA COISA ACHADA. A coisa achada pode ser pelo dono derrelinquida. Lá está no art. 604:

"O que restituir a coisa achada, nos termos do artigo precedente, terá direito a uma recompensa e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la". A derrelicção pode ser antes da entrega à autoridade, somente vindo a conhecê-lo o achador após a entrega; ou depois da entrega e durante o prazo de um mês, contado da última publicação do edital; ou após terminar êsse prazo de comparência, até se julgar a entrega do remanescente ao Estado. Antes da entrega à autoridade, a situação do achador, que vem a saber da derrelicção, é a de quem encontra coisa *nuilius:* possuía imediatamente, como achador, passa a possuir, ainda imediatamente, como quem encontrasse coisa sem dono; ou entende que lhe convém ocupá-la e torna posse própria a posse imprópria que era e continuou de ser a sua, ou que lhe não convém ocupá-la, esperando que outrem ocupe *(e. g.,* parente ou cônjuge do derrelinqUente). Se a derrelicção se opera após a entrega, durante o prazo de comparência dos interessados, tem o achador de comunicar à autoridade pública a derrelicção e declarar que quer ocupá-la, tendo tal declaração de vontade eficácia de tomada de posse mediata própria; o pedido à autoridade é para que lhe volte a posse imediata, pagas as despesas que acaso foram feitas pelo Estado. Se a derrelicção só se operou depois do prazo de comparência e antes da prolação da sentença que adjudicaria o remanescente ao Estado, tudo se passa como a propósito da derrelicção durante o prazo da

comparência. Se a derrelicção só se operou após a sentença, embora antes do trânsito em julgado, é intempestiva, salvo se em grau de recurso. Qualquer das comunicações de derrelicção pode ser feita pelo próprio derrelinquente, ou qualquer interessado, em vez de o ser pelo achador, mas, em tais casos, tem o juiz de mandar ouvir o achador, que tem de manifestar-se sôbre a ocupabilidade. Se o dono da coisa transferiu a outrem a propriedade da coisa, não repercute no processo êsse fato, se não para, habilitando-se o sucessor, assumir a posição processual do ex-dono.

§ 1.735. Aquisição pelo Estado ou pelo achador

1. DESTINO DA COISA ACHADA. Ou o dono ou possuidor legítimo aparece e recebe a coisa achada; ou não aparece, e prossegue o processo de pós-destinação; ou o dono, que se fêz conhecer, antes do edital ou comparecendo a juízo, derrelínqUe a coisa, que o achador pode ocupar, ou não; ou ocupa a coisa, então derrelicta, o Estado; ou há o ato do Estado de pagamento das despesas e recompensa, para ficar com a coisa (em sub-rogação real dos remanescentes); ou o achador solve as despesas e presta o valor da coisa, assentindo o Estado; ou a coisa perece, ou se torna de tão exíguo valor que o Estado, assentindo o achador, a destrói ou derrelínqile. A aquisição da propriedade em qualquer das espécies acima mencionadas é *ex nunc,* e não *ex tunc,* a partir do achamento ou de qualquer outro fato posterior (cf. E. STRAUSS, *Das Rechtsverhãltniss am Fund,* 52).

2. INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL, ART. 606, “IN FINE”.

No art. 606 diz-se que, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do achador, pertence o remanescente ao Estado (União, Distrito Federal, Estados-membros, Territórios) . Isso não obsta a que a entidade pública prefira a coisa mesma, e não o que se deduza de seu valor, desde que assuma as despesas e pague a recompensa. O achador pode, antes, pedir a adjudicação, se paga o valor, menos o que lhe cabe.

No sistema jurídico brasileiro, o achador não tem direito expectativo à propriedade, nem direito formativo à aquisição (no direito alemão, § 976, alínea □

1 a, há direito à aquisição da propriedade, portanto direito expectativo, cf.

OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* II, 538, e os demais; contra, *G.* PLANCK, *Kommentar,* III, 457, que ai vê mera expectativa, a despeito das expressões da lei).

§ 1.736. Decisões do juiz

1. DECISÕES QUANTO À VENDA E QUANTO AO PREÇO DA COISA.

O despacho em que o juiz *manda* vender em hasta pública contém, explícita ou implícita, a declaração de ter precluido o prazo, ou estará precluído ao tempo da hasta pública. Após a venda e feito o cálculo das despesas, a sentença sujeita ao prazo do art. 606 do Código Civil que manda pagar as despesas e a recompensa e adjudica ao Estado o remanescente, é *sentença constitutiva,* com forte dose declarativa e mandamental, mas está unida a ela (duas sentenças em duas ações na mesma sentença formal) a *ação de condenação e de execução da condenação* às despesas e à recompensa.

2. DECISÕES QUANTO À ENTREGA AO DONO OU POSSUiDOR LEGITIMO. A entrega ao dono ou possuidor legítimo, que se apresentou e provou a sua qualidade, que é a de titular da pretensão à entrega, é por sentença que *declara* tal titularidade e *manda* o depositário *entregar* a coisa. Tal sentença, *executiva* (entrega), contém em si-mesma a eficácia mandamental (manda), por ter declarado ser aquela pessoa, que se apresentou, o sujeito ativo da relação jurídica de direito das coisas ou pessoal de que resulta a pretensão à entrega.

3. CARGA DE EFICÁCIA DA SENTENÇA DE ENTREGA. A entrega ao dono ou possuidor legítimo, que se apresentou e provou ser, é por sentença que manda prestar a coisa, após declaração da legitimação à entrega. Tal sentença é declaratória executiva. A carga pode ser expressa em * * * * * de executivida de, * * * * de mandamentalidade e * * * de declarativida de. A sentença pode ser após o pagamento das despesas e da recompensa, ou antes. Se antes, é com ressalva: entrega após solução da dívida.

4. DECISÃO DE ADJUDICAÇÃO. A adjudicação ao achador, se foi deferida, é em negócio jurídico processual.

Ao Estado,

também, porque, se êle tem direito aos remanescentes, nela se lhe atribui o dever de arcar com as despesas e pagar a recompensa. E‟ sentença constitutiva positiva.

§ 1.737. Comparação entre as espécies dos arts. 598 e 601 e as dos arts. 603-606 do Código Civil 1. TRAÇOS COMUNS. Em todas as espécies dos arts. 598 e 601 e dos arts. 603-606, precisamente art. 606, há o fato de não se tratar de aquisição por ocupação, nem por especificação, nem por confusão, comistão, ou adjunção, nem por sucessão, ou comunhão, nem por usucapião, ou ato do Estado. A sentença que aparece no art. 606 é constitutiva, porém deriva de dever do juiz, que arrecadou, e não se pode equiparar à aquisição por desapropriação.

A lei é que em todas as espécies (arts. 598, 601 e 606) determina a aquisição.

2.

TRAÇOS DIFERENCIAIS. Enquanto a aquisição, nas espécies dos arts. 598 e 601, se opera *ipso iure,* de modo que qualquer sentença que sobrevenha não pode ser mais do que declarativa ou executiva com forte dose de declaratividade, a aquisição segundo o art. 606 resulta de sentença constitutiva, negativa e positiva, *negativa,* porque julga precluso o prazo dos seis meses (declaração) e perdida a propriedade (constitutividade negativa), e *positiva,* porque atribui a propriedade ao Estado (constitutividade positiva). Não há sucessão do Estado ao dono da coisa, se ela o tinha, nem ocupação, se o não tinha, o,u se o dono, sem se saber, a derrelinquira. A aquisição éoriginária, *ex lege.*

III. DEPÓSITOS E CRÉDITOS NÃO RECLAMADOS

§ 1.738. Depósitos e bens recolhidos

1.

NATUREZA DOS DEPÓSITOS. Tratando-se de depósito regular e voluntário, ou de créditos, ou de depósito público, entendendo-se como voluntário, também, o depósito que se fêz para evitar penalidade, ou para se iniciar processo ou se proesesuir em processo, ou para qualquer outro determinado efeito, estabelece a lei perda da

propriedade e aquisição por lei. Não se trata de usucapião. O depósito irregular (art. 1.280) é crédito e pode satisfazer os pressupostos da lei.

2. DECRETO N. 22.468, DE 15 DE FEVEREIRO DE 1933, E LEI N. 2.313, DE 3 DE SETEMBRO DE 1954. A legislação que rege o tempo máximo para os depósitos regulares e voluntários e créditos tem de comum a regra jurídica da aquisição pela Fazenda Pública.

3. BENS RECOLHIDOS AOS DEPÓSITOS PÚBLICOS. Se o bem foi recolhido a depósito público, e não a outro lugar, ainda que voluntário o ato de depositar, a lei que rege o tempo para ser reclamado é o Decreto n. 22.468, de 15 de fevereiro de 1933. Diz o art. 2.0 do Decreto n. 22.468: "Consideram-se pertencentes à Fazenda Nacional, além de outros, adquiridos na conformidade das leis e regulamentos em vigor, todos os objetos de valor recolhidos aos cofres de Depósitos Públicos e não reclamados dentro do prazo de cinco anos, contados da data do depósito". E

o art. 30: "Antes da sua remessa à Caixa da Moeda, os chefes das repartições, que guardarem ditos objetos, marcarão, mediante edital publicado no mínimo três vêzes, o prazo de trinta dias para que as partes interessadas, seus procuradores, tutôres ou curadores reclamem o que lhes fôr a bem, cumprindo que em tais anúncios se mencionem a data da primeira entrada dos objetos em depósito, sua origem, valor e quaisquer outras circunstâncias constantes da escrituração".

Os depósitos nas Caixas Econômicas, no Banco do Brasil, nas entidades paraestatais e de economia mista regem-se pela Lei n. 2.313, de 3 de abril de 1954, e não pelo Decreto n. 22.468.

4. LEI N. 2.313, DE 3 DE SETEMBRO DE 1954. Diz o art.

1.0: "Os contratos de depósito regular e voluntário de bens de qualquer espécie extinguem-se no prazo de vinte e cinco anos, podendo, entretanto, ser renovados por expressa aquiescência das partes". § 1.0: "Extintos êsses contratos pelo decurso do prazo, os bens depositados serão recolhidos ao Tesouro Nacional e, aí, devidamente relacionados, em nome dos seus proprietários, permanecerão, se não forem êstes reclamados no prazo de cinco anos, findo o qual se incorporarão ao patrimônio nacional". § 2.0: "Por ocasião dêsse recolhimento ao Tesouro Nacional, os depositários dêle darão

conhecimento aos interessados por meio de publicidade no “Diário Oficial”, e na imprensa local, onde houver, pelo menos três vezes

Diz o art. 2.0: “Os créditos resultantes de contratos de qualquer natureza, que se encontrarem em poder de estabelecimentos bancários, comerciais e industriais e nas Caixas Econômicas, e não forem reclamados ou movimentadas as respectivas contas pelos credores por mais de vinte e cinco anos serão recolhidos, observado o disposto no § 2.0 do art. 1.0 ao Tesouro Nacional e aí escriturados em conta especial, sem juros, à disposição dos seus proprietários ou de seus sucessores, durante cinco anos, em cujo termo se transferirão ao patrimônio nacional”.

§ 1.0 “Excetuam-se do disposto neste artigo os depósitos populares feitos nos estabelecimentos mencionados, que são imprescritiveis, e os casos para os quais a lei determine prazo de prescrição menor de vinte e cinco anos”. § 2.0:

“Valerá como reclamação dos créditos e movimentação das contas a apresentação ou remessa, aos ditos estabelecimentos, da caderneta para contagem e lançamento de juros, ou de qualquer documento pelo qual os credores acusem ciência dos seus saldos ou queiram deles conhecer, ressalvados também os meios idôneos admitidos em lei”. § 3.0: “Suspendem-se os prazos acima estipulados em tempo de guerra, pelo tempo que esta durar, em favor dos credores, a serviço das fôrças armadas dentro ou fora do Pais”.

IV.

INCORPORAÇÃO A INVENTÁRIO

§ 1.739. Conceito de incorporação a inventário

1. INVENTÁRIO. A expressão “inventário” ai está em sentido de bens inventariados a respeito dos quais há a relação jurídica entre o possuidor e o dono, devendo ser devolvidos, correndo os riscos de perda e deterioração por conta daquele e sendo o exercício do uso de acordo com a natureza da exploração. Mais pormenores, a respeito do fundo de empresa (§§ 1.803-1.812)

2. INCORPORAÇÃO A INVENTÁRIO. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, tem de proceder ao inventário, para a restituição dos bens.

No inventário determina-se o estado em que os bens se acham, cabendo ao usufrutuário velar pela conservação deles, para os entregar, findo o usufruto, ao dono (art. 729). O usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações que resultem do exercício regular do usufruto (art. 732; cp. art. 160, 1, 2.8 parte).

Mas pode ocorrer:

a) que haja de substituir peças inventariadas, para que o exercício do usufruto seja possível, ou que seja possível a continuação dêle, segundo a destinação do bem; *b)* que haja de adquirir peças sem as quais não poderia exercer, ou não poderia continuar de exercer, ou não poderia exercer bem o usufruto (peças a mais, ou substituição por mais).

Na espécie a), dá-se sub-rogação real; na espécie *b),* o *plus* é adquirido pelo dono, ainda que o usufrutuário não impute ao dono as despesas (art. 734). Se o dono pagou ou há de pagar as despesas, tem-se de pensar em aquisição derivativa, qualquer que seja o papel que exerça, para a aquisição, o usufrutuário. Porém não se pode deixar de considerar a subespécie em que o usufrutuário não podia levar à conta do dono a substituição. Adquiriu, inseriu no inventário; ao entregar, entrega tudo. E‟ a isso que se chama *incorporação a inventário.*

Se o prédio a, digamos a fazenda a, ou o estabelecimento comercial a, foi alugado, com as peças necessárias à exploração, com inventário, pode o locatário, nos limites da exploração, dispor das peças, substituindo-as (arts.

1.189, 1, 1.192, 1 e IV, 1.211 e 1.215; cp. 1.193). O usufrutuário fica na mesma posição jurídica (arts. 729, 732 e 714). A JULIANO, na L. 9, § 2, D., *locati conducti,* 19, 2, atribui-se ter dito: “si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pactum standum esse”. Na L. 1, § 1, D., *de aestimatoria,* 19, 3, ULPIANO enuncia:

“Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit” (cp. L. 5, § 3, D., *commod4ti vel contra,* 13, 6). Se alguém houvesse dado de arrendamento, de modo que, acontecendo algo por fôrça maior, responderia o locatário, tinha-se de atender ao pacto.

Supõe-se o inventário. A coisa havia de ser devolvida, ou o valor dela.

Nas fazendas de gado, em que se não adotou a parceria pecuária, mas o arrendamento com inventário, a incorporação

pode dar-se com a aquisição pelo dono (cp. Código Civil francês, art. 1.800, sôbre "bail à cheptel"; Código Suíço das Obrigações, art. 302, antigo 320).

§ 1.740. Aquisição por incorporação a inventário

1. PROBLEMA DA CONSTRUÇÃO. Não se pode reduzir a aquisição por incorporação a inventário a figura da sub-rogação real, porque, no conceito, que precisamos, afastamos as espécies em que há substituição coincidente, só atendemos ao a mais, ou ao de mais. Nas outras espécies, há incorporação ao inventário, com sub-rogação real; não há aquisição de mais valor por incorporação a inventário.

Tão-pouco se há de confundir o problema da aquisição por incorporação a inventário com o problema da "aquisição" de benfeitorias, porque benfeitorias são parte da coisa, e não bens que se ponham em relação objetiva com outro: quem adquire a coisa adquire a benfeitoria, porque está na coisa, ainda se voluptuárias (essas, enquanto não se exerce o *ius tollendi,* só existem *na coisa).*

2. DESTINAÇÃO À EXPLORAÇÃO. A destinação à exploração está inclusa no ato de incorporação. Mediante a incorporação, estabelece-se relação objetiva da coisa com o resto, constante do inventário; mas ~ a incorporação é como a derrelicção, que supõe manifestação da vontade do incorporante, ou não a supõe? Os juristas não têm sido suficientemente precisos e explícitos.

Se analisamos o suporte fáctico da aquisição por incorporação a inventário, temos: a) a aquisição da coisa pelo futuro incorporante, ou pelo incorporante intempestivo, aquisição que pode ser originária ou derivada e não influi a circunstância na classificação do modo de aquisição; *b)* a incorporação, que é, de regra, ato do incorporador, mas resta saber-se se ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu,* ou negócio jurídico, à semelhança, respectivamente, do abandono da posse (art. 520, 1), da restituição do penhor (art. 803, 2.8 parte), ou da derrelicção (art. 592 e parágrafo único, *verbo* "abandono"). A incorporação a inventário não é atofato jurídico, nem ato jurídico *stricto seneu,* o que não se tem dito mas tem confirmação em precisar-se da capacidade e em se poder alegar anulabilidade, se bem que não se lhe possam descobrir os traços do ato jurídico *stricto sensu.*

A aquisição é efeito do suporte fáctico complexo, mas opera-se por fôrça da lei (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch, ~, 31~a~35~a* ed., 453; O. vON GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* III, 557; A.. SPRENGER, *Der Eigentumserwerb durch Einverleibung in em Inventar,* 37 e 60).

3. MOMENTO DA AQUISIÇÃO. ~ Quando ocorre a aquisição pelo dono das coisas inventariadas?

a) Alguns entendem que no momento em que o possuidor *(e. g.,* locatário, usufrutuário) adquire a coisa a mais, ou de mais (J. KOHLER, Der Dispositionsniessbrauch, *Jahrbúcher fur die Dogmatik,* 24, 310 5.): ao adquirir para incorporar o possuidor, por *constitutum possessorium,* transmitiria a propriedade. Contra isso, havemos de aduzir: *a)* o possuidor pode, ao adquirir, não ter pensado em incorporar; *b)* o possuidor pode, ao adquirir, não ter querido transferir ao dono; *c)* se o usufruto foi constituído em testamento, seria absurdo que houvesse constituto possessório para o proprietário (cf. A.

SPRENGER, *Der Eigentumser‟werb durch Einverleibung in em Inventar,* 34 s.).

Demais, tratar-se-ia de *constitutum possessorium* antecipado, contra o qual se há de estar, em ciência (cf. O. LENEL, Stellvertretung und Vollmacht, *Jherings Jahrbitcher,* 36, 69 s.; FR. LEONHARD, *Vertretung beim Fahrniserwerb,* 46 e 95; veja Tomo III, § 317, 5).

b) Outros que, seja como fôr, o momento da aquisição é o da incorporação. Sim; se o suporte fáctico está completo.

Tem-se de prestar atenção à composição do suporte fáctico. Há de haver: a) aquisição da propriedade pelo possuidor *(e. g.,* locatário, usufrutuário) ; *b)* a incorporação a inventário. Se *a)* ocorre depois de *b),* não é à incorporação que o dono do bem locado, ou em usufruto, ou sob outra relação jurídica, adquire a propriedade, mas sim ao acontecer *a).*

§ 1.741. Pressupostos da aquisição por incorporação

1. PRESSUPOSTOS PARA A INCORPORAÇÃO. E‟ preciso para que se dê a incorporação, primeiramente, que se trate de uso da coisa sob inventário e a coisa se preste à incorporação (G. PLANCK, *Kommentar, II,* 4.~ ed., 527).

Mais: que o incorporante tenha a propriedade da coisa, ou o poder de dispor, para que a possa perder com o ato de incorporação, que é negócio jurídico unilateral, como a derrelicção: o incorporante perde a propriedade. Se o incorporante apenas tem a coisa com reserva de propriedade, não a pode transferir (O. WARNEYER, *Komrnentar,* 1, 979). E‟ indiferente se o incorporante tinha ou não o dever de incorporar.

2. PRESSUPOSTOS DA AQUISIÇÃO. A aquisição é por fôrça de lei, ainda sem a vontade do incorporante; de modo que a decretação de invalidade da incorporação, que se podia dar, apenas leva à indenizabilidade.

3. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. A aquisição é originária; não, derivativa. O incorporante perdeu a propriedade, por ato jurídico, negocial, unilateral; o dono do bem, empresa ou estabelecimento adquiriu a coisa.

V. DIREITOS DOCUMENTADOS E DOCUMENTOS

§ 1.742. Manifestações de vontade e cártulas

1. CÁRTULA E PROMESSA OU DECLARAÇÃO. Os títulos de crédito são títulos em que, por fato semelhante, porém de modo nenhum idêntico à especificação, embora a possa supor consumada, houve certa evolução do direito das coisas para o direito das obrigações, ou do direito das obrigações para o direito das coisas. O documento passa a pertencer, após a emissão, à pessoa que se nomeia no título, ou que se legitima como possuidor, sem se poder indagar, juridicamente, de quem eram o papel e a tinta. Não é dono nem o que era dono da tinta, ou do papel, nem quem escreveu o título. Assim se hão de tratar todos os documentos sôbre direitos e pretensões, ou sôbre direitos de que se irradiam pretensões. Não importa se o documento apenas *prova* existência de direito, como o recibo de depósito ou de mútuo, ou se nêle há carga de constitutividade, ou se é pessoal ou real o direito *(e.* g., carta de fiança, cédula hipotecária), ou se se documenta dívida ou sociedade (debêntures, ações sociais). Também não importa qual o material do documento. Os arts. 615-617 não incidem; nem os arts. 611-614. Portanto, a aquisição da propriedade é *ex tege.*

2. DADOS HISTÓRICOS (DIREITO ROMANO E DIREITO GERMÂNICO. (a) O direito romano permaneceu atado ao princípio da independência jurídica do título ou cártula, ordinàriamente o pergaminho, o papiro, em relação ao destino jurídico do direito nêle documentado. O princípio vigente, quanto àescrita, era o da acessão ao título ou cártula, ao material em que se documentava (L. 33, 1., *de rerum divisione,* 2, 1: "Litterae quoque, licet aureae sind, perinde chartis membranisque cedunt, acsi solo cedere solent ea quae inaedificantur aut in~eruntur"; L. 9, § 1, D., *de adquirendo rerum dominão,* 41, 1):

também as letras, ainda que sejam de ouro, cedem do mesmo modo aos papéis ou aos pergaminhos, como sói ceder ao solo o que nêle se edifica e se semeia. Assim falou GAIO e os compiladores o repetiram. Longe se estava da concepção geral dos aL"ts. 614 e 62 do Código Civil brasileiro. A ineqúidade era pungente. O gênão plástico do peninsular chegara a conceber a especificação para a pintura (L. 23, § 3, D., *de rei vindica-. tione,* 6, 1); não para a grafia. Mais longe ainda se achava do conceito de cártula quase-pertença do direito, ou do conceito de crédito ou outro direito dependente da posse da cártula.. Os juristas romanos não puderam vislumbrar qualquer relação juridica, em que fôsse sujeito ativo o titular do direito, que se documentasse na cártula, e objeto a cártula. Tanto maia se compreende isso quanto se sabe que não haviam alcançado, sequer, libertar-se das regras jurídicas sôbre *accessio,* em se tratando de. escrita, e alçar-se à concepção da especificação.

Sentiram eles, todavia, na vida prática, os inconvenientes do aferro aos princípios da acessão e, ainda sem chegarem à concepção da especificação pela escrita, procuraram obviar a eles mediante a ação de exibição. Nunca haviam considerado a cartula mais do que documento probatório e no terreno processual foi que lhes veio a sugestão do dever de exibição, com que atenuavam a rijeza da concepção da propriedade mobiliária romana.

Na L. 3, § 14, D., *ad exhibendum,* 10, 4, ULPIANO diz que, às vêzes, a equidade da exibição faz dar-se, se não se pode exercer a ação de exibição (que era ligada ao direito de propriedade), a ação *in factum,* e assim se expressava JULIANO. Escravo (é JULIANO quem fala) de minha mulher escreveu minhas contas e estão elas em tua posse, desejando eu que sejam exibidas: se tivessem sido escritas em cártula minha, a ação de exibição caberia, porque também posso reivindicá-las, uma vez que, sendo minha a cártula, o que nela se escreveu é meu (nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est); se minha não foi a cártula, pois que vindicar não posso, não posso exercitar a exibição: portanto, compete-me a ação .*in factum* ("in factum igitur

mihi actionem competere", onde o

"competere" é interpolação).

Na L. 48, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1, CÉvoLA. admitiu a exibição quanto a instrumentos hereditários, pertencentes ao vendedor, para se determinarem limites de prédio vendido. Na L. 52, pr., quanto a tributos pagos pelo dono anterior de prédio.

No Edicto do Pretor previa-se o dever de edição, que tocava aos *argentarji* e aos *nummularii* (L. 4-13, D., *de edendo,* 2, 13).

Na L. 22, C., *de fide instrumentorum et amissione eorum,* 4, 21, Justiniano concebeu dever geral de exibir, quase como o dever de testemunhar, se com a produção do documento não adviesse dano ao exibente (sôbre a semelhança com o dever de testemunhal, HANS POESCHEL, § *952 des Búrgerlichen Gesetzbuchs,* 3). Lamentável foi que a Glosa não se tivesse preocupado com a L. 22, razão para se não ter tido a influência benéfica no direito comum que poderia derivar dos comentários, inclusive no direito luso-brasileiro, razão para termos reagido (nota a CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* 247 s.) contra a exigência de ser próprio ou comum o documento. Hoje, é preciso atender-se a que o Código Civil tem os arts. 614 e 62, bem como aos princípios que vamos expor e são *acima* daquelas regras jurídicas.

(b)

No direito germânico, a cártula teve função assaz diferente da que alcançou em direito romano. Já não se cogitou do papel simplesmente probatório. A *posse* da cártula não só era necessária ao direito como também o direito se inseria, de certo modo, na cártula. Daí *duas* linhas de evolução que vêm até nossos dias. Pense-se nesse acontecimento que surpreenderia os juristas romanos e os de hoje: a substituição da *traditio* clássica pela *traditio chartae,* que de modo nenhum foi transferência consensual da propriedade (cf. Chindasvindo:

"per scripturam sive per tradionem rei")

Nos direitos territoriais alemães, o documento passou a ser pertença de direitos documentados *(e* - g., Preussisches Alígemeines Landrecht, 1, 2, §§ 62 e 63; Código Civil saxônico, § 68). Ao mesmo tempo, com elementos germânicos, operava-se a evolução da teoria dos títulos ao portador e dos títulos endossáveis. Tais as duas linhas a que aludimos: *a>* documento-pertença, em relação ao direito; *b)* direito inserto na cártula. Ali, quem é titular do direito o é do título; aqui, quem tem a posse do título tem o direito. Cumpre, porém, observarmos que o

direito brasileiro, com os arts. 62 e 614, preencheu *salto* que havia entre os dois princípios e entre os títulos de crédito e demais documentos de direito, por um lado, e os títulos ao portador e os endossáveis, por outro: o subscritor do título ao portador ou endossável adquire, antes da emissão, o material, pela especificação, segundo os arts. 62 e 614; o toma-dor ou portador imediato recebe a posse e, se de boa fé, é titular do direito; os portadores de boa fé, posteriores, também, já então em virtude do principio *b)*.

3. GENERALIDADE DO PRINCÍPIO. Não se justificaria, *de iure condendo,* que se limitasse o princípio aos negócios jurídicos bilaterais, nem que se excluissem os contratos bilaterais (MARTIN WOLFF. *Lehrbuch,* III, 233, nota 8; sem razão:

J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 233; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 418>, nem que se redigisse no sentido de só abranger os documentos de dívida, como ocorreu no § 952 do Código Civil alemão *(verbo* "Schuldscheine").

Tratando-se de contratos bilaterais, em duas vias, cada um dos contraentes se faz dono da que lhe ficou, ou de uma delas, se em mãos de outrem estão. Se há uma via só, há comunhão. Dá-se o mesmo se há muitos credores (J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 233). Nenhuma propriedade tem o usufrutuário ou credor pignoratício do crédito (O.

WARNEYER, *Kommentar,* II, 179). Se há estipulação a favor de terceiro, tem êsse a situação do art. 1.099, ou do art. 1.098, parágrafo único (se tem pretensão dirigida à prestação>, e há comunhão (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 233; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 419; sem razão, E. STROHAL, Der Sachbesitz nach dem BGB., *Jherings Jahrbilcher,* 38, 87, que tinha como proprietário Somente o terceiro). No caso de muitas cessões, o último cessionário tem pretensão à restituição do documento, ainda contra o primeiro cedente (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 419). No caso de comunhão, ou solidariedade ativa, o valor das quotas é que decide. No caso de titularidade de mão-comum, de mão-comum é a propriedade.

4. PRESSUPOSTOS DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. E‟ preciso que o material tenha perdido ligação objetiva com alguma outra coisa, que servisse e lhe impusesse algum fim diferente, ou que não tenha tido tal ligação.

Se o pergaminho é o em que está o título de doutor *honoris causa* que se conferiu a A, não o perde A porque A ou C

nêle escreveu reconhecimento de dívida a A ou a B. Ocorre o mesmo se A ou B nêle lavrou testamento particular.

Entende-se, aí, que o fêz *necessitatis causa.*

E‟ preciso que *exista* o direito que se documenta no título. Se é decretada a nulidade, ou a anulação do negócio jurídico, a restituição é com fundamento em que não houve o efeito de aquisição, ou que foi desfeito, *ex tunc.* Se o direito Somente nasceu depois da emissão, tal como se dá com o crédito a prazo ou condicional, depende de se saber se foi entregue antes, ou não, o documento.

5. DINHEIRO, TÍTULOS CAMBIÁRIOS E CAMBIARIFORMES. O princípio apanha os títulos cambiários e os cambiariformes (quanto àqueles, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 232, nota 4, e 234, nota 14; sem razão, G.

PLANCK, *Kommentar,* III, 418, e J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 233).

6.

DISPOSITIVIDADE DO PRINCÍPIO. O princípio, não- escrito, que acima se formula, é *dispositivo.* Onde êle incidiria, podem subscritor e outorgado estabelecer que o documento continua de pertencer àquele, que era dono, ou a outra pessoa, inclusive àquela que é o devedor ou outorgante. Pode-se, também, criar comunhão. Sôbre a dispositividade do princípio, J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 233), KRETZSCHMAR *(Das Sachenrecht,* 232) e J. W.

HEDEMANN (Das Recht auf Rflckgabe eines Schuldscheins, *Jherings Jahrbucher,* 48, 73). Entendia A. voN TUHR *(Der Aligemeine Teu,* 1, 67, nota 9) não ser dispositivo o princípio. O assunto nada tem com o direito do devedor à devolução do título, nas espécies do art. 942, que não são todas as que se regem pelo princípio da quase-pertinen. cialidade do título, e nem todas se regem por êsse princípio. Nada obsta a que se pactue a quitação em separado, ficando o título ao credor.

§ 1.743. Aquisição e história posterior do direito

1. NATUREZA DA AQUISIÇÃO. A aquisição da propriedade é por fôrça de lei, de modo que não há exceção por algum fundamento anterior à aquisição. As regras jurídicas sôbre aquisição por posse de boa fé não incidem (J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 233; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 419).

2. POSTERIDADE DO DIREITO. A propriedade do documento, assim obtida, tem, depois, posteridade ligada ao direito que se documentou, através de cessões e mais sucessões, inclusive por execução forçada. Com a penhora, o arresto, ou o seqtiestro do crédito ou valor, que se documenta, constitui-se, *ipso facto,* penhora, arresto ou seqúestro do docun-iento. Daí ter-se dito que, em tais espécies, o papel passa a ser pertença ou quase-pertença do direito (ou *Zubehõrstiicke, Quasipertinenz, e. g.,* HANS POESCHEL, § *957 des B~rgeriichn Gesetzbuches,* 4, MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* III, 233).

Preferiu F. ENDEMANN *(Lehrbuch, [J, 1,*

□

8~a9 a ed., 546) considerar o documento parte integrante do crédito, por se tratar de anexo inseparável. Sem razão . Tal figura de parte integrante mais se prestaria aos direitos incorporados em cártula, como os títulos ao portador. Demais, o documento é separável, tanto que se pode pedir *reprodução,* pela chamada declaração reprodutiva, ou a *substituicão,* em caso, por exemplo, de se achar dilacerado. O título ao portador, êsse, sim, é parte integrante, como o direito o é, e a substituição é por *amortização.*

3. TÍTULOS AO PORTADOR E TÍTULOS À ORDEM. Quanto aos títulos ao portador e os títulos à ordem, os princípios referentes à aquisição do material são os mesmos; o que a respeito deles não se pode invocar é o princípio da pertinencialidade ou quase-pertinencialidade do papel ou outro material.

O direito sôbre o papel ou outro material não acompanha o crédito ou outro direito que o papel ou outro material documente. A cár-tula , nos títulos ao portador e nos títulos à ordem, passa à primeira plana, o direito das coisas suplanta o direito das obrigações, porque o crédito ou outro direito incorporado nos títulos se “coisifica”. Quem é

possuIdor de boa fé é titular do direito, em vez de ser dono do papel quem é titular do direito.

4. ESCRITA E PRIMEIRA AQUISIÇÃO. O princípio da pertinencialidade do título em relação ao direito documentado resulta dos arts. 62 e 614, porque quem, B, escreveu para documenLar o direito de C, no tocante a A, ou *erga omnes,* escreveu *para B.* Porém é não-escrito o princípio que rege, daí em diante, .a pertinencialidade.

A aquisição do titulo ao portador e dos títulos cambiários e cambiariformes, como direito à apresentação, implica aquisição da cártula, cártula e direito passam a ser partes integrantes do bem complexo (corpóreo-incorpóreo). Não há a simples figura do documento pertença: em vez de o documento pertencer, objetivamente, ao crédito (ou outro direito), documento e direito são partes integrantes do mesmo bem; ali, há dois bens; aqui, um só.

§ 1.744. Pretensões e ações

1. DOCUMENTOS. Se não se trata de cártula em que ~e inseriu o direito, como ocorreria com os títulos ao portador e os endossáveis, de que aqui não ternos de falar, as pretensões e ações quanto à cártula são, entre outras: *a)* a de reivindicação (arts. 524 e 625, II), tendo o autor de alegar e provar ser credor e o réu de negá-lo e provar, se quer objetar (HANS POESCHEL, § *952 des B-iirgerlichen Gesetzbuches,* 80); *b)* a ação <te exibição; *c)* as ações possessórias; *d)* a ação de reivindicaçào da posse (art. 521; HANS POESCHEL, 31); *e)* a ação de restitulção ao terceiro e a de embargos de terceiro, na falência <Decretolei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 76-79); j) os embargos de terceiro, na execução.

2. PRETENSÕES LIGADAS AO DIREITO. As pretensões e ações ligadas ao direito não concernem ao documento-coisa, mas ao direito mesmo.

Todavia, se se alega que não há a pertinencialidade, tal alegação pode ser feita em qualquer ação petitória ou possessória concernente ao documento; funciona como questão prévia e a decisão favorável a quem o alega é declaratória da inexistência da relação jurídica de propriedade do titular do direito. Pode, então, ser titular do direito, porém não no é e declara-se do documento.

CAPÍTULO IX

AQUISIÇÃO PELA POSSE DE BOA FÉ

§ 1.745. Modo de aquisição

1. DIREITO COMUM DOS BENS MÓVEIS E DIREITO ESPECIAL.

O direito brasileiro tem o princípio da aquisição da propriedade pela posse de boa fé como excepcional: Somente concerne aos títulos ao portador cambiáveis ou cambiariformes, ou os endossados em banco, cambiários ou cambiariformes.

2. CÓDIGO CIVIL. Em nenhuma regra jurídica do Códi.go Civil ou do Código Comercial há a regra Eu *fait de meu bies, possession vaul títre.* Só o direito cambiário e cambiariforme recebeu, através da teoria alemã do título cambiário, a aquisição da propriedade pela posse de boa fé.

3. FRUTOS. Os frutos são adquiridos pelo possuidor de boa fé em virtude de regra jurídica em cujo suporte fáctico só se exige existir a posse de boa fé. Mas há, rigorosamente, propriedade adquirida em virtude de lei. E de tal espécie já se tratou no § 1.727, não apenas por método, devido a termo de considerar as quatro espécies de aquisição de partes integrantes.

4. BOA FÉ. Nos sistemas jurídicos, ou só se alude, aqui e ali, sem se dar definição, à boa fé, ou só se define uma vez (Código Civil brasileiro, art. 490), ou algumas vêzes (cf. FR. TRAUMANN, *Wirkungen des Erwerbs im guten GfrLuben,* 4; PAUL NEUBURGER, *Der Schutz des gutglãubigen Pfandrechtserwerbs,* 15; LUDWIG STEIN, *Der Begrifi des guten Glaubens,* 3 s.). Porém boa fé é, necessàriamente, de conteúdo variável: ora se crê no direito de propriedade, ora se crê em direito real que não é o dominio, ora se crê na posse, ora se crê na realidade do casamento; o que importa é que se creia no *efeito jurídico,* a respeito do qual o direito protege, na espécie, a boa fé.

Quanto ao dever de conhecer, só há um, e absoluto, é o dever de conhecer o direito, e êsse pré-exclui proteção da boa fé. Não existe, *a*

priori, dever de conhecer fatos, nem as leis aludem a êle (cf. JULIUS LEvY, *Die Voraussetzungen des gutgfrmubigen Fakrniserwerbs,* 36; NÚTZEL, *Der Erwerb im guten Glauben,* 61), razão por que a negligência grave, ou lata, a que se referem os juristas, é conceito que aí se intercalou, não sem prejuízos para a claridade da teoria.

Quanto ao erro de direito, não o temos, no direito brasileiro, para se fundar tutela da boa fé: *Ignorantia -iuris cuique nocet.* Não devemos deixar-nos levar por atitudes legislativas ou doutrinárias estrangeiras *(e. g.,* doutrina alemã, *Motive,* 1, 281, NÚRCK, *Das Sachenrecht,* 291).

O que faz a boa fé é o acreditar-se em *eficácia jurídica,* sem se ignorarem as regras jurídicas a respeito. Tanto êsse conceito cabe no direito de propriedade quanto na matéria da posse, se bem que, aí, o crer recaia em *efeito fáctico,* dentro da concepção vigente das relações entre os homens, no tocante ao poder fáctico quanto às- coisas. Essa referência à concepção vigente é que se apresenta, a cada passo, como alusão a efeito *jurídico,* ao "direito à posse" *(e. g.,* HANS MÍYLLER, *Die Klage aus dem fruheren Besitz,* 30; CARL FEUSTEL, *Der An8pruch aus* § *1007*

BGB, 14; LUDWIG STEIN, *Der Begriff des guten Glaul*"*ens,* 120).

§ 1.746. Títulos ao portador

1. REGRAS JURÍDICAS GERAIS SÔBRE EFICÁCIA REAL DA TRADIÇÃO E REGRAS JURÍDICAS

ESPECIAIS. As regras jurídicas

~ dos arts. 620-622 são gerais, no direito mobiliário brasileiro. Há, porém, regras jurídicas especiais, que exigem *plus (e. g.,* aos títulos endossáveis, o endosso , e à propriedade intelectual ou industrial, o registro), ou dispensam algum elemento ao suporte fáctico do fato jurídico de que emana a aquisição *(e.* g., aquisição do título cambiário ou cambiariforme pelo possuidor de boa fé).

2

2. TÍTULOS AO PORTADOR, FORA DO DIREITO CAMBIÁRIO E CAMBIARIFORME. Os títulos ao 2

portador podem ser de direito civil, ou de direito mercantil, cambiário ou cambiariforme, ou de direito público. A 7

primeira questão que se há de levantar é concernente à aquisição dos títulos ao portador regidos pelo direito civil, ou pelo direito público, quando lei-conteúdo o direito civil. Para a transferência da propriedade deles é de mister que o proprietário entregue a coisa (z~ faça a tradição), estando alienante e adquirente de acordo em que a propriedade se transfira de um a outro. Se o proprietário está de posse da coisa, a tradição pode ser por convenção entre o possuidor e o adquirente, pela qual se crie relação jurídica em virtude da qual o adquirente tenha a posse mediata *(constitutum possessonum).* Se terceiro está de posse da coisa, pode a tradição operar-se pela cessão da pretensão à entrega *(cessio actionis)*

Se o adquirente possuía imediatamente a coisa, a transmissão simplifica-se extraordinàriamente porque se transfere ao adquirente a posse mediata própria *(brevi manu traditio).* Há ato jurídico *stnicto sensu,* em vez de ato-fato jurídico, que seria a tradição simples. Se o outorgado está em situação de exercer o poder fáctico sôbre o título, por simples acordo, há a *traditio longa manu.*

Surge o problema: ~ se houve alienação por tradição, o adquirente torna-se proprietário do título ao portador ainda que o alienante não fôsse o dono, se estava, ao adquirir, de boa fé?

As soluções técnicas podem ser: *a)* a da não-aquisição fora dos princípios do direito mobiliário comum (regras jùridicas gerais)

possível reivindicação do título ao portador

contra o possuidor de boa fé, que, segundo as regras do Código Civil, concernentes às coisas móveis, não adquiriu a propriedade; *b)* irreivindicabilidade do título ao portador contra o possuidor de boa fé aquisição da propriedade do título ao portador pelo possuidor de boa fé; *c)* em princípio, irreivindicabilidade, só se permitindo a reivindicação contra o possuIdor de boa fé em caso de furto ou perda; *d)* total pré-exclusão da reivindicação (irreivindicabilidade dos títulos ao portador tutela só possessória do proprietário). A solução *b)* identificaria as duas situações em que se pode achar o portador:

em face do emitente ou subscritor (art. 1.509) ; em face doa sucessivos portadores. A solução *c)* distingue-as em espécies. A solução a) trata igualmente os móveis em geral e os títulos ao portador, sem que leve em conta a posse de boa fé em se tratando de disputa na série dos possuidores. A solução *b)* é a de muitos sistemas jurídicos (Código Civil austríaco, *§§* 371- -1.733; Código Civil alemão, *§* 935; Código Civil suíço, art. 935). A solução *c)* foi adotada pela França (art. 2.279;

Lei de 15 de julho de 1872, art. 14), pela Holanda (art. 2.014) e por Portugal (arts. 533 e 534).

Na doutrina, pela solução a), assimilando os títulos ao portador aos móveis em geral, J. A. T. KIND *(Quaestiones forenses,* j, 1~a ed., Cap. 96, e J]Ã, 3~a cd., 117-125), CHR. FR. VON GLUCK (em J. B. GEIGER e CHR. FR. VON

GLUCK, *Merkwurdige Rechtsf alie und Abhandiungen,* 132 5.), F. F. VON KERSTORFF *(tber die Schutzrnittel des Eigentums an Papieren* au porteur *in Deutschland,* 51, 67-73, 85-91), C. J. A. MITTER-. MALER *(Grundsatze des gemeinen deutschen Privatrechts,* II,. *§* 274), G. PHILLIPS *(Grundsdtze des gemeinen deutschen Privatrechts,* □

2 a

ed., 462), A. Ca. J. SCHMIDT *(Handbuch.* 1, 290), F. VON SAVIGNY *(Das Obligationenrecht,* II, 141 s.), H. G. GENGLER *(Lehrbuch,* 1, 173 s.) e G. BESELER *(System~* III, 1.~ ed., 324-328).

Pela solução *b),* que é a da irreivindicabilidade contra o~ possuidor de boa fé, Cmi. F. MUHLENBRUCH *(Die Lehre von der Cession, §§* 42, 461), C. SCHUMANN *(Die Amortisation,* 64), J. K. BLUNTSCHLI *(Deutsch,es I>rivatrecht,* II, 23, e 26) e FERIX WALTER *(Sus tem,* 294).

Pela solução *e),* os seguidores do Código Civil francas,. art. 2.279: “En fait de meubles, la possession vaut titre.

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel ii a été volé une chose,, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celul dans les mains duquel ii la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui du quel il a tient”. E~ o regime comum, francês, dos móveis. Pode dar-se que o sistema jurídico não o adote para os bens móveis em geral, e sim para os títulos ao portador e outros papéis de crédito. Ou só para os títulos cambiários e para os títulos. cambiariformes.

Pela solução *d),* que é a da irreivindicabilidade, N. T. GõNNER, desde 1808 *(Beitrãge zur Jurisprudenz der Deutschen.* 1, n. 3), que se exacerbou com os argumentos, para concluir que vindicar títulos seria vindicar direitos obrigacionais e não. no teve o próprio direito romano. No mesmo sentido, E. F. SouCHAY (Uber die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen, *Archiv Iii, die civilistische Praxis,* 10, 143-155) II. *THÓLL (Das Handelsrecht,* 1, 4.~ cd., *§* 55) e J. UNGER *(Die rechtiiche Natur der Inhaberpapiere,* 136-148) continuaram o pensamento de N. T. GÓNNER. porém com profundas alterações. O

primeiro misturou as questões, porque pré-excluia a reivindicação mas admitia que sómente não se pudesse ir, vindicativamente, contra o possuidor de má fé, pois o de boa fé adquire *(?)* o crédito, O segundo, indo por trilhas semelhantes, transformava a luta em discussão sôbre o direito de crédito: "Quem tem o direito oriundo do papel (aus dem Papier) também o tem ao papel (auf das Papier). O artificialismo de ambos revela certo propósito de ler, detrás para diante, a evolução que se operara com o trato dos títulos ao portador como bem móvel. Se o possuidor de boa fé está incólume é porque se tornou dono; se contra o possuidor de má fé se pode ir é porque não adquiriu direito.

Os títulos ao portador têm de ser distínguidos dos títulos cambiários e cambiariformes, de modo que também hão de ser considerados fora os títulos ao portador cambiários e cambiariformes (títulos ao portador, títulos cambiários ou cambiariformes ao portador e títulos cambiários ou cambiariformes não ao portador).

Os títulos ao portador vulgares ou de direito não-especial são vindicâveis possessôriamente nos casos em que possessôriamente vindicáveis seriam os bens móveis em geral (art. 521:

"Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados coisa móvel ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu"). Se houve perda ou furto, há a vindicação da posse, indo-se contra o possuidor que não tem posse anterior, tudo como se disse no Tomo X, *§§*

1.133 e 1.134. Se houve perda ou furto, ou roubo, o dono do título ao portador pode ir com a reivindicatória, na qual o ônus de alegar e provar é mais pesado, porque tem de alegar e provar a propriedade; não bastam a alegação e a prova da posse. ~ Pode o réu alegar e provar, em objeção, que adquiriu a propriedade pela posse de boa fé? A resposta é negativa porque em nenhum texto do Código Civil ou do Código Comercial se adotou a regra *En fait de meubles possession vaut titre.* A posse de boa fé só é *titulus* de propriedade para os títulos cambiários e cambiariformes.

O réu pode objetar que fôra antes furtado, ou perdera a coisa sem ter perdido a propriedade.

Assim, a solução brasileira, para os títulos ao portador vulgares, é a da reivindicabilidade se houve furto ou perda, pondo-se em discussão o direito de propriedade. Nem o romano *Ubi rem meam invenão ibi vindico,* que ainda rege, no sistema jurídico brasileiro, os bens móveis

em geral, nem o germânico *Hand wahre Hand* (A mão guarde a mão), com fundamento no *Wo du deinen Glauben gelassen Iux.st, da soilst du um suchen* (Onde puseste tua confiança ali a hás de buscar).

A diferença, em relação aos bens móveis em geral, está em que êsses são reivindicáveis, ainda se não houve furt o ou perda, de que o autor da ação fôsse vítima. Há, portanto, quanto aos títulos ao portador vulgares, casos em que o dono não teria a ação de vindicação da posse, nem a reivindicatória (no tocante à tutela possessória, por esbulho ou por turbação, é outra a questão, que se resolve com os princípios próprios). ~Qual a situação dêle? A mesma que se desenhou no direito medieval alemão: é dono, mas o terceiro adquirente, embora não adquira a propriedade, tem posse inatacável.

Quanto aos títulos cambiários e cambiariformes, a tutela jurídica é ao último possuidor de boa fé, como sujeito ativo, o que mostra ter-se pôsto a solução no plano da propriedade. O princípio germânico passa à frente do romano, como consequência da construção jurídica, inteiramente nova, dos títulos cambiários e cambiariformes, um dos quais a duplicata mercantil é um recém-nado, criação, notável, do direito brasileiro.

3.AQUISIÇÃO, EM DIREITO CAMBIARIO OU CAMBIARIFORME, DO TITULO AO PORTADOR OU

ENDOSSADO EM BANCO. No direito cambiário ou cambiariforme, a aquisição do título opera-se por todos os lados por que se adquire a propriedade do título ao portador vulgar, *mais* a posse de boa fé. Então, a posse de boa fé é título, e não só a posse, simplesmente.

Há *ocupação* de títulos cambiários e cambiariformes. e A, o que é raríssimo acontecer, em vez de rasgar o título cambiário ou cambiariforme, o derrelínque, ocorre isso como se êle dissesse: “De modo nenhum quero mais esse título que émeu; não importa que o achem”. A segunda proposição está implícita no ato de perda, voluntário, da propriedade do título (derrelicção), sem que o dono o haja destruído, mas sem que, com isso, se possa, de qualquer modo, bilateralizar o ato jurídico da derrelicção. A ocupação pode ser simples, ou por invenção de tesouro. Outro modo de adquirir títulos cambiários ou cambiariformes é a *usucapião.* Com a posse de boa fé, o portador ou endos-satário o adquiriria, sem ser preciso esperar que se completas-~e o prazo para usucapir. Pràticamente, a usucapião serve ao possuidor de má fé. O que se disse sôbre especificação, confusão, comistão e adjunção, a propósito de títulos ao portador vulgares, tem

pertínência a respeito de títulos cambiários e cambiariformes. A *tradição* dos títulos cambiários e cambiariformes segue os princípios concernentes *à* posse, mas há a possível aquisição *a non domino,* em virtude da posse de boa fé. Se a trans-missão do título se faz mediante entrega, a boa fé há de existirao tempo da entrega. Se o adquirente vem a saber, depois, que o alienante não era dono do título cambiário ou cambiariforme,nenhuma repercussão tem êsse fato em seu direito; porque já era, *ex h.ypothesi,* proprietário. A transmissão é por entrega(tradição simples) quando é o próprio alienante que faz entrega da coisa, ou quando é feita por outrem, por *ordem* do alienante, seja, ou não, êsse terceiro mediador da posse do alienante *(=* possuidor imediato sendo mediato o alienante). Alguns exemplos: A, herdeiro, ou apenas presumido herdeiro, deposita em banco, B, em seu nome, títulos cambiários ou cambiariformes da herança, e vende-os, depois, a C. Não os entrega pessoal-mente, nem cede, apenas, a pretensão à entrega que tem contra o banco (art. 621); ordena a entrega, que se faz. Nesse momento da entrega é que há de haver a boa fé do adquirente.Se os títulos cambiários ou cambiariformes já haviam sido depositados no banco B, pelo decujo, o herdeiro não pode ordenar a entrega sem que se inicie o inventário e o juiz defira o pedido de alienação, observada a lei: a posse, que o herdeiro tem, é a posse mediata, que não lhe permite a entrega e há ou precisa haver a posse mediata intercalar do inventariante. Todavia, se C ignora que os títulos cambiários ou cambiariformes foram depositados pelo decujo ou dependem de inventário, e o banco B os entrega a C, C adquire a propriedade no momento da entrega, porque acredita em que A podia ordenar e B devia obedecer.

Se houve *cessão da pretensão à entrega* (art. 621), a entrega pelo obrigado a ela, estando de boa fé o adquirente, gera a propriedade do adquirente.

Discute-se se, havendo acordo de transmissão, sob condição, ou a termo, há de existir a boa fé no momento do acordo e entrega, ou no momento do acordo e da entrega e no momento do implemento da condição (no primeiro sentido:

E.

BRODMANN,

em

G.

PLANCK,

Kommentar,

III,

379,

como

H.

EMMERICH,

Pfandrechtskonkurrenzen, 134; E. STROHAL, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, *Drei Beitrãge* em homenagem a H. DEGENKOLB, 151; ARN. BRECHT, Bedingung und Anwartschaft, *Jherings Jahrbiicher,* 61, 285 s.; no segundõ sentido: J. BIERMANN, *Das Sachenrecht,* 206; K.

MAENNER, *Sachenrecht,* 198; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* II, 570; W. STINTZING, Die Obertragung *beweglicher Sach~en,* 96; HANS REICHEL, Gutglaubigkeit beim Fahrniserwerb, 207, também em *Gri~nhuts Zeitschrift,* 42, 173 s.).

No direito brasileiro, *sedes materiae* é o art. 118, combinado com o art. 122. Durante a pendência da condição suspensiva falta elemento fáctico de que depende a eficácia do ato jurídico. O ato jurídico existe e vale, ficando suspenso algum efeito ou ficando suspensos alguns efeitos. A condição é no plano da eficácia. Produziu-se o efeito mínimo, com a vinculação dos figurantes. O que terá direito, pretensão, ou ação, ou exceção, dependente do implemento da condição, expecta: já tem, agora, direito expectativo. Com o advento da condição produz-se o direito expectado. No caso da tradição com acordo de transmissão suspensivamente condicional, a entrega é sem o efeito da transmissão, porque com a entrega só se transmite se acordo houve para que se lhe atribua a *traditio.* Tratando-se de atos de disposição, Somente com a realização da condição nasce o direito expectado, isto é, o direito ao bem de que se dispôs, ou o direito de propriedade do bem, se houve condição no acordo de transmissão. Mas a boa ou a má fé tem-se de apurar ao tempo em que se adquiriu condicionalmente, porque, durante a pendência da condição, nenhuma atuação pode ter o titular do direito expectativo. O que foi feito está feito. A boa fé há de apurar-se no momento em que se adquire o direito expectativo à aquisição: ai, *Mala lides superveniens non nocet.* Cf. Tomo V, *§* 544, 1.

Quanto ao termo, nêle há *plus,* a favor do direito expectativo oriundo do ato jurídico a termo suspensivo, em relação ao direito expectativo, oriundo do ato jurídico com condição suspensiva (Tomo V, *§§* 550-552). Portanto, a boa fé é de verificar-se ao tempo do acordo, com entrega, a termo suspensivo da aquisição, tal como se passaria se o acordo fôsse com condição suspensiva. A transferência não foi sob condição ou a termo; o que foi sob condição ou a termo foi o acordo de transmissão (Tomo V, *§* 542). A tradição da posse (art. 520, II), que é ato-fato jurídico, deu-se; e essa não pode ser sob condição ou a termo. A tradição dos arts. 620-622 é acordo de transmissão *mais* tradição da posse (art. 520, II).

Se a transmissão foi por entrega *brevi manu,* o adquirente só tem a propriedade do titulo cambiário ou cambiariforme se obrou de boa fé no momento do acordo e se ocorreu a tomada de posse ao alienante, como se acordara. Se A entregou a B z títulos cambiários ou cambiariformes, como depositário, ou como mandatário, e B os compra a C, crendo que C, e não A, é o dono, a tradição *brevi manu* não ocorre, porque o que se passou entre C e B

não se pode juntar ao que se dera entre A e B. Em verdade, B não se fiou da propriedade do que lhe dera a posse imediata, e transformara a posse imediata imprópria, que tinha, em posse imediata própria. Todavia, se não foi o possuidor, A, que depositara, ou outorgara mandato, e sim outrem, porém B se certificara de que possuidor foi e é A, a aquisição de boa fé a A, se bem que com mudança à *causa Voaaessionis* de B, basta a que nasça a B a propriedade.

Se A entregou a B o título de E, em posse imediata imprópria, e E a entrega a D, pode acontecer que D creia dono A e, mediante a *traditio brevi manu,* adquira a propriedade. Em torno dêsse ponto houve discussão, devido, em todo caso, a não se ter pôsto em termos precisos o problema.

Devido a texto alemão *(§* 933), a doutrina aventurou que não é possível adquirir-se por posse de boa fé se o adquirente obteve a posse pelo constituto possessório. A contradição com os princípios é enorme: a posse própria passou ao adquirente, que, *ex hypothesi,* está de boa fé; o que fica ao alienante é posse inferior. A concepção do constituto possessório, no sistema jurídico brasileiro, é mais científica: o adquirente pode adquirir posse mediata própria, havendo posse mediata imprópria, ou posses mediatas impróprias, e tendo o alienante a posse imediata, ou o serviço da posse. O sistema jurídico brasileiro abstrai do *animus* e do *corpus.* A solução alemã teve inspiração de jurisprudência anterior ao Código Civil alemão, em torno do Código

Comercial alemão, art. 306. Aliás, se o alienante *era* possuidor podia transmitir a posse; se não era, não transmitiu nada, nem recebeu. O momento em que se operou a aquisição da posse própria é o em que se há de verificar a boa fé; não aquele em que o alienante entregue a posse, que tem, inferior. Algo falho há na lei alemã (cp. M. WELLSPACIIER, *Das Vertrauen auf ciussere Tatbestãnde,* 7) . O constituto possessório contém tradição; não é sub-rogado de tradição. Os juristas alemães estavam, antes do Código Civil alemão, e persistiram após êle, demasiado presos ao requisito do *corp as, à* entrega corporal *(icÉhperliche übergabe)* . A asserção de que, ainda se o adquirente, ao tempo do acordo de transmissão e do constituto possessório, estava de boa fé, não adquire a propriedade. choca-se com a teoria da posse, que o Código Civil adotou, e com o conceito de constituto possessório. A outra, de que, se ao tempo do acordo e do constituto possessório, o adquirente estava de má fé, adquire êle, sobrevindo a boa fé, a propriedade, também é de repelir-se (sem razão, ainda em direito alemão, J. BIERMANN, *Das Sachenrecht,* 210; *G.* PLANCK, *Kommentar,* III, 383; certo, K. KOBER, *J. voa Staudingeirs Kommentar,* III, 379).

Quanto à cessão da pretensão à entrega pelo que não é proprietário, ou a) há cessão da pretensão *à* entrega da posse pelo possuidor imediato, pois o alienante, que não é proprietário, tem a posse mediata, ou *b)* há cessão da pretensão *à* entrega sem ser possuidor mediato em relação ao alienante o terceiro. Na.primeira espécie, a cessão opera os seus efeitos e, se estava de boa fé ao tempo dela o adquirente, adquire êsse a propriedade (sem razão, na crítica *de iure condendo,* M. WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf ãussere Tatbestãnde,* 12 s.). Na segunda espécie, a boa fé tem de ser apurada ao tempo em que o adquirente obtenha do terceiro a posse mediata ou imediata, baseado no ato de alienação, ou a obtenha do próprio alienante.

O que, com a posse de boa fé, adquire o portador do titulo cambiário ou cambiariforme é a propriedade, e não a posse. Superou-se a concepção do direito medieval alemão. Pode o que assim adquiriu alienar a propriedade sem se precisar de indagação do passado, inclusive à própria pessoa que lha pretendera transferir quando não a tinha. Se por alguma causa legal ou voluntária vem a resolver-se, ou rescindir-se, ou anular-se, ou distratar-se o negócio jurídico de que resultou a aquisição, a propriedade não *nasce* ao alienante, volta a quem era o proprietário, ou se tornou proprietário (L. 10, *§* 1, D., *qz~ibus modis pignus vel hypotheca solvitur,* 20, 6).

4.NATUREZA DA AQUISIÇÃO PELA POSSE DE BOA FÉ (ORIGINÂRIA

OU DERIVADA>. O problema consiste em se saber se a chamada aquisição *a non domino* é por transmissão, ou porque a lei elevou a modo de aquisição a obtenção da posse de boa fé. Aqui, os argumentos são os mesmos que se levantaram a respeito da aquisição *a non domino,* em caso de transcrição (art. 530, 1). Já no Tomo XI zurzimos a opinião que vê na aquisição dos títulos cambiários e cambiariformes pelo possuidor de boa fé e na aquisição dos bens imóveis, *a non domino,* pela transcrição, aquisição derivativa *(§§* 1.191 e 1.258). O adquirente sucede na posse; não na propriedade: *Nemo plus iuris transf erre potest quam ipse kabet.* A propriedade que o possuidor de boa fé adquire é nova, se bem que *imediatamente sobrevinda* à da anterior propriedade: o anterior proprietário perde o direito de propriedade porque outrem adquiriu, sem intercalação de momento em que o título cambiário ou cambiariforme se tornasse *nuilius* e sem sucessão no direito de propriedade. O ato do alienante, transmitindo a posse e acordando na transmissão da propriedade sem ter poder de dispor, foi ato jurídico ilícito. O que êle em verdade transferiu foi a posse própria, que tinha ou tomou. Mas não bastaria o que êle causou para que do adquirente nascesse a propriedade. A propriedade nasceu porque a tudo isso se somou a boa fé em que estava, ao adquirir a posse, o adquirente. A transmissão da posse foi apenas um dos elementos do suporte fáctico da aquisição como o acordo mesmo de transmissão pelo não-dono.

A aquisição pela posse de boa fé é originária. F. REGELSBERGER (Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, *Jherings Jahrb-Ucher, 47,* 376 s.) e K. R. ROMEICK *(Zur Technik des BGB.,* III, 35-39) sustentaram-no, desde o inicio, repelindo distinção entre a sucessão e a aquisição derivativa (cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Rztrgerliches Recht,* II, *§* 22, 3;

J.KOHLER, Zwõlf Studien, *Archiv fiir Biirgerliches Recht,* 18, 97; A. EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition,* 66; C. T. VON SCHWERIN, *tiber den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht,* 31 5.). Pela derivatividade, alguns, porque a própria boa fé se há de firmar em conhecimento de título, outros porque há de ter havido negócio jurídico translativo, embora nulo ou ineficaz, B. MATTHIASS *(Lehrbuch,* II, 534), O. WENDT

(Erwerb von einem Nichtberechtigten, *Archiv fur die civiiistische Praxis,* 89, 22), H. SCHMIDT *(Auslegung des §*

366 HGB., 28), G. NÚTZEL *(Der Erwerb im guteu Glauben nach dem Sachenrecht des BGB,* 54) e LUDWIG

STEIN *(Der Begriff des guten Glaubens beim Fahrnise,~werb,* 41 s.).

A explicação da aquisição da propriedade em virtude de posse de boa fé, que é excepcionalíssima no direito brasileiro, como vimos, pela sanação do título que seria nulo, não merece, sequer, longa discussão. A falta de titularidade ao alienante poderia provir de não ter poder de disposição e a espécie seria de ineficácia, e não de invalidade, de modo que toda alusão *à* sanatória seria fora de propósito. Todo o escopo da explicação seria o de mostrar na aquisição *a non domino* aquisição derivativa *(e. g.,* P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano,* II, *2,* 243; GIOVENE, *Ii Negocio giuridico rispetto a terzi,* 452 e 466). Trata-se de modo de aquisição originária, que se não confunde com qualquer dos outros. Se a aquisição fôsse derivativa, a boa fé seria de exigir-se no momento do negócio jurídico translativo, e não apenas à assunção da posse. A tutela é a aquisição pelo possuidor de boa fé. A relação jurídica com o não-dono é um dos elementos para se saber se nela acreditou o adquirente. Estava êle em boa fé, não necessàriamente ao se deixar inserir na relação jurídica, mas ao receber o título circulável e, então, é que se lhe exige crer em que se inseriu e em que *adquiriu.*

Há ainda ponto que merece toda a atenção. A aquisição da propriedade pela posse de boa fé é resultante do principio da publicidade da posse. Quanto à publicidade do registro público dos imóveis, o sistema jurídico ateve-se à fé pública do registro; no tocante aos títulos, a respeito dos quais excepcionalissimamente se permite a aquisição pelo possuIdor de boa fé, exigiu-se a boa fé do possuIdor, porque, a propósito de tais títulos, a posse do antecessor era pública e o adquirente *creu* nela. O elemento germânico transparece. Por isso mesmo, não há pensar-se em construção jurídica semelhante à que adotaram sistemas em que há o principio consensualistico, como o francês e o italiano (se bem que, num e noutro, haja sustentadores do princípio da publicidade da posse, *e. g.,* R. SALEILLES, *De ia Possession des meubles,* 67; GORPRE, *De Principe de la bonne foi,* 147 5.; A. TARTUFARI, *Dei Possesso qual titolo di diritti,* 1, 70; E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulia Trascrizione,* 1, 2; F. FERRARA *Junãor, D"Ipoteca mobiliare,* 74 5.; F. CARNELUTTI, *Teoria general e dei Diritto,* □

2 a ed., 174; A. MONTEL, *Ii Possesso*

di buona lede, 285; L. Mosco, *1 Frutti,* 374).

Quanto aos demais bens móveis, a posse mobiliária não éforma de publicidade de direitos reais.

5.AQUISIÇÃO PELO OUTORGADO DE MÁ FÉ. Se o adquirente estava de má fé e recebeu a posse própria, sem que dono fôsse o alienante, pode dar-se que o alienante venha a adquirir o título cambiário ou cambiariforme, porém não há *pós-eficacização,* tanto em direito especial quanto em direito geral (art. 622).

§ 1.747. Títulos endossáveis

1.ENDOSSO. O endosso é manifestação de vontade, posta no dorso do título; mas a manifestação de vontade só por si não transfere o titulo; a despeito de sua coisificação, é preciso que se endosse o título, mas devido à coisificação a posse de boa fé é de mister à aquisição da propriedade. Não se pode dizer que consensualmente se transfira a propriedade, nem, tão-pouco, que a propriedade do título endossado nasça apenas da posse de boa fé. Em todo caso, tem-se de atender ao endosso *em branco* que atribui ao título a circulabilidade à semelhança do titulo ao portador com cláusula explícita. No título ao portador com cláusula explícita ("ao portador"), também há cláusula que tem a função característica de manifestação de vontade *ab initio;* de modo que a cláusula derivada do endosso em branco não é só para o ato jurídico, *imediato,* da transmissão, é concernente à circulação do título, tal como foi concebido *desde êsse momento.* Trata-se de cláusula que, embora possa ser eliminada *ex nunc,* é elemento do todo unitário do título, e não só da declaração de transmissão. O endosso em branco abre as portas à circulabilidade ao portador: o adquirente após êle não é adquirente por aquisição em cujo suporte fáctico haja endosso -1-- posse, e sim adquirente por aquisição em cujo suporte há de haver posse de boa fé.

2.CRÉDITO E CÁRTULA, PARTES INTEGRANTES, E NÃO CARTULA-PERTENÇA. Os títulos endossâveis não são títulos em que a cártula seja pertença ou quase-pertença do crédito. Como os titulçs ao portador, cártula e crédito são, neles, partes integrantes. A diferença entre eles está na círculabilidade, porque à transferência dos títulos endossáveis se exige, a mais, o endosso *transiativo* ou o endosso *caracterizador* (endosso em branco).

§ 1.748. Responsabilidade do alienante possuidor de boa fé

1.DIREITO ROMANO E COMUM. Desde 1844, quando

R.vON JHERING *(Abhandlungen,* 73 s.) focalizou o problema, que a responsabilidade do possuIdor de boa fé que aliena a coisa se tornou assunto de pesquisas atentas. Contra êle tem

o proprietário duas ações para a restituIção da coisa, a de reivindicação, real, e a pessoal. Quanto a essa, é de si mesmo compreensível que diferentes relações jurídicas entre autor e réu possam vir à tona. Em princípio, se não pode, como ex *lvypothcsi,* prestar *in natura,* há satisfazer perdas e danos. A doutrina aponta a *actio negoticrum directa* (E. ZIMMERMANN, *Echte und unechte* negotiorum gestio, 27 s.), com a "cessão" da ação pelo preço (Fa.

MOMMSEN, *Erõrterungen,* 1, 109). Pode bem ser, porém, que o proprietário s~mente haja a ação real de restituição. Se houve furto, há a ação de furto (E.LANDSBERG, *Das* furtum *des bõsgliubigen Besitze*"*rs.* ~99), quer haja a ação de reivindicação, quer não *(e. g.* o terceiro adquiriu, pela posse de boa fé, o título cambiário ou cambiariforme ao portador, ou endossado em branco). Ainda se furto não houve, pode haver a ação de ato ilícito, em lugar da reivindicatória, contra *fictus possessor* (L. 36, pr., D., *de rei vindicatione, 6,* 1). Também ocorre que se proponha contra êle a *kereditatis petitio,* em situação semelhante à que teria como réu *negotiorum gestor.* Sôbre a análise das L. 23, D., *de rebus creditis si certum petetur et de condictione,* 12, 1, L. 48, D., *de negotiis gestis,* 3, 5, L.

12, *§* 1, D., *de distractione pignorum et hypothecarum,* 20, 5, a L. 17, pr., D., *de rei vindicatione,* 6, 1, R. LURZ

(Die Haftung des verdussernden gutgUiubigen Besitzers, 8-45)

Se alguém alienou, ainda de boa fé, a coisa alheia, e se enriqueceu, há de responder (Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem, *L.* 206, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17).

Hoje, não é no direito natural que se funda o dever de indenização, nem o de reparar em caso de enriquecimento injustificado. Todavia, a disputa quanto à pretensão por enriquecimento injustificado *(e. g.,* B. WINDSCHEID, *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verplichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung,* 29, contra R. VON JHERING, Der ehemalige gutglãubige Besitzer, *Jah,rbiicher fiir die Dogmatik,* 16, 271 s.) afastar-nos-ia do ponto principal, que é o da ação de indenização por ato-fato ilícito (Tomos II, *§§* 162 e 163, principalmente 2, e XIV, *§* 1.587, 2). O que importa saber-se é que, se houve *pactum de non praestanda evictione,* o enriquecimento injustificado foi definitivo.

A *condictio sine causa* era posta de lado por E. CHAMBON *(Die* negotiorum gestio, 37 s.); Somente pela *condictio sine causa,* Fa. EIsELE (Der Anspruch des Eigenthtimers auf den Kaufpreis, *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 66, 1

s.), H. GÓPPERT *(t)ber die organischen Erzeugnisse,* 357), R. VON JHERING *(Abhandlungen,* 81), A. KOPPEN

(Fruchterwerb des bonae fidei possessor, 48 e nota 28 > .B.WINDSCHEID *(Zwei Fragen,* 29 s.).

~As ações podem ser do proprietário ou do possuidor anterior? A resposta é no sentido de só se darem ao proprietário; as ações possessórias seriam outras (sem razão, E. PFERSCHE, *Die Bereicherungsktagen,* 82). Tem o autor de alegar e provar a propriedade ou a titularidade publiciana (H. WITTE, *Die Bereicherungsklagen,* 332; E.

VON MONROY, *Die vollmachtlose Ausubung fremder Vermógensrechte,* 166).

2.DIREITO VIGENTE. Tratando-se de títulos cambiários e cambiariformes e outros em que haja aquisição em virtude de posse de boa fé, a perda pelo proprietário é definitiva, porque é definitiva a aquisição pelo possuidor de boa fé. Se o alienante estava, ou não, de boa fé, responde pelos danos, porque deu causa à perda do direito de propriedade, à semelhança do que se passa em caso de perda da coisa ou de deterioração (art. 514). A responsabilidade é ainda sem culpa.

Quanto aos outros bens móveis, é difícil deixar de caber a reivindicação; mas, se acaso não cabe, ou se está prescrita.

sem que o esteja a ação de enriquecimento injustificado, ou a de indenização, é exercível aquela ou essa. A prescrição da ação de indenização é a do art. 178, *§* 10, IX.

CAPÍTULO X

TRADIÇÃO

§ 1.749. Transmissão da propriedade mobiliária

1.QUE É TRADIÇÃO, NO DIREITO DE PROPRIEDADE. Adquire-se, derivadamente, a propriedade mobiliária pela tradição (art. 620-622) e por sucessão universal, especialmente herança ou legado. *Tradição* ou é a *entrega* da coisa (no direito romano clássico e no contemporâneo, *entrega-tomada),* ou por ela se entende o complexo de negócio jurídico *mais* o ato-real (ato-fato jurídico), que tem a eficácia de transmissão, ou *mais* o ato jurídico *stricto sensu,* que a tenha. Cada sistema jurídico, no que se mantém na linha histórica do direito romano, ou no que dela se afasta, tem de analisar, logicamente, a *cansa* e o *efeito* jurídico da transmissão. No sistema jurídico francês e no inglês, o *acordo,* sôzinho, tem eficácia real: não se precisa da entrega, do *tradere.* Do *constitutum possessorium* (CELSO, L. 18, pr., D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2) ao Código Civil francês, art. 1.138, há demorada elaboração que fugiu ao direito romano, sem se pesarem interesses, ainda de terceiros, que têm de ser considerados. No direito alemão, a tradição (acordo + entrega-tomada) é fundada no negócio jurídico do *acórdo da transmissão de propriedade* e depende da *entrega-tomada* ou do *acordo de transmissão possessória,* para a eficácia real; porém a regra jurídica do *§* 929, 1.8 parte, faz abstrato o acordo (= dá eficácia real à entrega-tomada, sem permitir que se veja, através da transparência do acordo, a causa do negócio jurídico básico). No direito brasileiro, a tradição é fundada no acordo de transmissão da propriedade *mais* a entrega-tomada simples, ou *mais* o acordo de transmissão possessória. E", porém, causal.

Na sucessão jurídica há o elemento de aquisição, a despeito de continuidade da relação jurídica, sem que se dê à noção de continuidade da relação jurídica rijeza ontológica, que não comporta. O substrato do suporte jurídico é que é o mesmo, *menos* quanto à pessoa, ao titular. O termo da relação jurídica mudou; não mudou o resto (Tomo 1, § 43, 8) . O direito, êsse, é efeito, e a alusão à sua continuidade é alusão à sucessão (cf. Tomo V, §§ 512-528) A identificação é formal e atende a sugestões profundas de ordem histórica ou prática. A ligação objetiva, no plano da eficácia, é possível, porque tal poder de estabelecer nexo, ou, até, continuidade (não só continuação, cp. art. 494), o tem o legislador. O fato de se extinguir *a* porque *b* surge não cria continuidade, nem continuação: exatamente *a* desaparece porque com *a* é incompatível *b.* Suceder é vir depois, em qualificação jurídica, tal como o direito a edificou.

2.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 620-622 E 865. O Código Civil falou da tradição nos arts. 520, II (a propósito da aquisição da posse), 620-622 (sôbre aquisição da propriedade), 675 (sôbre aquisição de direitos reais sôbre coisas móveis), 865 (perda da coisa prometida, antes da

tradição), 868 (melhoramento e acréscimos antes da tradição), 1.070 (cessões do mesmo crédito), 1.128 (riscos da coisa expedida), 1.168 (doação verbal), 1.373 (tradição de bens sociais), 1.426 (de bens dados em compensação de renda) e em outros.

3.TRADIÇÃO ELEMENTO DE SUPORTE FÁCTICO DA AQUISIÇÃO.

Os arts. 620-622 concernem à tradição como elemento do suporte fáctico da transmissão das coisas móveis. O

negócio jurídico da transmissão é abstrato, se o objeto é bem imóvel; causal, se o objeto é bem móvel. Se há contrato de compra-e--venda, ou outro, em que se prometa coisa móvel; não é nulo, por não ser dono da coisa o vendedor, ou promitente da alienação; é apenas ineficaz. Se há nulidade do contrato, o art. 622, parágrafo único, estabelece que não há transmissão *(zz* o contrato nulo não tem a eficácia de transmitir) ; se houve negócio jurídico de transmissão da propriedade e da posse *(e.* g., cessão da pretensão à entrega), a decretação de nulidade daquele ou dêsse apanha a transmissão. Outros princípios regem a propriedade imobiliária.

4.ATO DE DISPOSIÇÃO. Diz-se ato de disposição o ato que importa em extinguir-se, transferir-se ou diminuir-se alguma relação jurídica patrimonial. Da disposição é espécie a transmissão, a transmissão que resulta de suporte fáctico em que há ato (negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico) do transmitente. Não dispôs o decujo, na sucessão legitima; dispõe, na sucessão testamentária. A classe mais importante dos atos de disposição são os negócios jurídicos de disposição, quer se trate de negócios jurídicos abdicativos (renúncia, *e. g.,* art. 589, II), quer de negócios de alienação (transíativa, ou constitutiva) . Há atos-fatos de disposição *(e.* g., o abandono da posse, art. 520, 1, e do imóvel, art. 589, III).

§ 1.750. Tradição elemento essencial da transmissão

1.ELEMENTO FÁCTICO ESSENCIAL. Antes da tradição, o negócio jurídico sôbre coisa móvel (acordo de transmissão da propriedade mobiliária) não transfere o dominio. Portanto: o negócio jurídico para a transmissão de bem móvel não pode ser sem a tradição; haveria apenas o negócio jurídico obrigacional. Não se pediria, em juízo, a reivindição, mas a execução da obrigação. Diz o art. 620: “O dominio

das coisas não se transmite pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675)". O art. 675 estende o principio aos direitos reais; a remissão do art.

620 faz permitido, ai, o constituto possessório.

2.TRADIÇÃO E NEGÓCIO JURÍDICO. A transmissão pela tradição é, pois, baseada em negócio jurídico bilateral; nem o acordo a perfaria, nem a perfaria, sôzinha, a entrega (tradição, *sensu stricto). a)* A *entrega* é o traspasse da posse imediata, dação corporal, com a recepção pelo que adquire. *Ato real,* em que de modo nenhum se pode ver declaração ou manifestação bilateral de vontade. Se o adquirente está em situação em que possa exercer poder fáctico sôbre a coisa, basta o acordo que o permita; mas êsse acordo, ato jurídico *stricto sensu,* é simples sucedâneo da entrega, dando ensejo a que se tenha como recepção, e não como tomada de posse, a entrada do adquirente na posse da coisa. *b)* O *acordo,* que integra o negócio jurídico da transmissão pela tradição, não se confunde com aquele acordo eventual, sucedâneo, de que acima se falou, nem com o negócio jurídico que *obrigue* à transmissão (o título, a que se refere o art. 622, parágrafo único, é o contrato consensual). O negócio jurídico do art. 620 é de direito das coisas, porém não abstrato; de modo que, se falta negócio jurídico causal, pelo menos não-nulo, a transmissão não se opera. Não é preciso pensar-se em *condictio* (arts. 964-971) : contra o que recebeu a coisa móvel, em virtude de negócio jurídico nulo, cabe a ação de reivindicação *(aliter,* se só anulável, rescindível, ou por outro jeito desfazivel).

3. POSSE MEDIATA E TRADIÇÃO. Pode dar-se que o alienante não tenha a posse imediata; então, pois que tem a posse mediata, o possuidor imediato há de entregá-la, para que ocorra a tradição. *E. g.,* o depositante ordena ao depositário que a entregue ao adquirente, e a tradição só se opera quando o depositário cumprir a ordem recebida.

Não se confunda essa tradição pelo possuidor imediato não-proprietário com a cessão da pretensão à entrega, pois, ai, ou tudo se passaria no plano do direito das obrigações, ou se entenderia transmitida a posse mediata, como resulta do art. 621: o próprio ato de entrega pelo depositário seria, *ali,* adimplemento da obrigação de entregar. (Os juristas que não distinguem as duas espécies vêem em contrato consensual, seguido de adimplemento, o negócio jurídico de direito das coisas do art. 620.) Também pode dar-se que o alienante não seja possuidor mediato; então, basta e é preciso que o possuidor

imediato transmita a sua posse ao adquirente e aquele com quem está a posse mediata a transmita ao adquirente. E‟ o que acontece com o alienante que ainda não recebeu a coisa, ou que, adquirindo-a, logo convencionou que fôsse entregue ao adquirente. Só há transmissão a êsse com a entrega, ou com o constituto possessório. Dai não se precisar da invocação de *brevi manu traditio* antecipada (sem razão, A. VON TUHR, Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings Jakrbiicher,* 48, 43).

4.AQUISIÇÃO DA POSSE IMEDIATA. O adquirente pode não obter, com a aquisição, a posse imediata, como se o adquirente diz ao alienante a quem há de entregar a coisa e êsse alguém a recebe como possuidor imediato, *e. g.,* ao depositário, ou se a coisa é alienada a despeito de estar na posse imediata de outrem *(e. g.,* credor pignoraticio, depositário, ou locatário). Algumas situações podem ocorrer que merecem atenção: se A alienou a B e B imediatamente diz que A entregue a C a coisa, que B adquiriu e alienou a C, a nulidade da transmissão a C faz a coisa continuar propriedade de B; idem, se há nulidade do titulo (art. 622, parágrafo único), ou se, movida a ação de anulação contra C, ou contra B, por C, C pode restituir (art. 158, *verbis* “não sendo possível restitui-las”).

§ 1.751. Acordo de transmissão

1.CONCEITO. A cláusula de transferir, que é implícita, ou aparece, explícita, nos contratos de compra-e-venda de bens móveis, como, explícita, nunca implícita, nos contratos de compra-e-venda de bens imóveis, refere-se à propriedade, ou à propriedade e à posse, porém nunca se chegou no direito brasileiro à fusão, que indo noutro 8entido que o da evolução técnica, que vem do direito romano, germânico-medieval, até o alemão hodierno e o brasileiro se operou no direito francês (C. BUFNOIR, *Propriété et Contrat,* 39 s.) e no italiano (L.

MILLO, *Studi in onore di* V. SCIALOJA, 1, 315 s.). Somos estranhos ao que se passou nos séculos XVII e XVIII, na doutrina francesa, a despeito da lei e melhor doutrina da própria França *(e.* g., R. J. POTHIER, *Oeuvres,* 1, n. 151, 39: “La chose que le débiteur s‟est obligé de donner, continue donc de lui appartenir, et le créancier ne peut devenir propriétaire que par la tradition réelle ou feinte, que lui en fera le débiteur en accomplissant son obligation”). O

desvio técnico, no sentido da fusão, completou-se com o Código Civil francês (art. 1.138, alíneas 1.‟ e 2.B:

“L‟obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dês l‟instant oú elie a dft être livrée, encore que la tradition n‟en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”.

Transformou-se a compra-e-venda em transmissão. Vender é alienar; e não só obrigar-se a prestar (a despeito da reminiscência, que há no art. 1.582 do Código Civil francês). Os Códigos Civis italianos, o velho e o nôvo, seguiram-lhe os passos, sem re-estudo do problema. O velho Código Civil italiano, art. 1.448, fôra expressivo. No art. 1.470 do nôvo, diz-se: “La vendita ê il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o ii trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo‟~. No art. 1.376, já se estabelecera: “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferim~nto di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

A concepção francesa da venda criou problemas graves, que não interessam, de modo nenhum, ao sistema jurídico brasileiro. A fusão levou alguns juristas a falarem de obrigação que nasce e simultâneamente se adimple, de transferência por fôrça de obrigação (o que bem se podia atribuir ao Código Civil francês, arts. 711, 1.138, 1.582 e 1.583, que J. KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen,* 1, 29, criticou, a despeito de suas simpatias pela fusão).

Todo pensamento que se prender à concepção francesa, ainda mais precisada no Código Civil italiano, é exotismo em relação ao sistema jurídico brasileiro. O que vende, no direito brasileiro, apenas se obriga a transferir, não acorda na transferência, nem, *a fortiori,* faz tradição da coisa. Não se podem borrar as linhas diretivas, criando-se negócio jurídico fundido, em cujos elementos entraria o que não é negócio jurídico, a entrega da coisa.

2.ACORDO DE TRANSMISSÃO E ENTREGA-TOMADA. A transmissão da propriedade pelo acordo, seguido da *entrega-tomada,* compõe-se do acordo de transmissão da propriedade mobiliária, negócio jurídico, e da entrega-tomada (que é ato--fato jurídico, se a tradição é simples (toma-lá-dá-cá) ou ato jurídico *stricto sensu,* em se tratando de *brevi manu traditio,* ou de *longa manu traditio)* , ou de *co~wtitutum possessorium,* ou da *cessão da pretensão à entrega.* O negócio jurídico de

transmissão da propriedade rege-se por princípios da Parte Geral. E‟ suscetível de nulidade: não de anulabilidade. O ato jurídico *stricto sensu,* se o houve, só é suscetível de nulidade, por sua natureza e não só por argumento *a fortiori* ao art. 622, parágrafo único. A propriedade mobiliária transmite-se, se o negócio jurídico de transmissão da propriedade valia, mas o acordo de transmissão da posse teve, por exemplo, vicio de vontade ou havia incapacidade relativa. A fraude contra credores não pode, portanto, ir até a restituição da coisa mesma, pôsto que vá contra os terceiros de má fé, *obrigacionalmente* (art. 109).

3.EM QUE CONSISTE A ENTREGA-TOMADA. A *entrega--tomada* simples consiste na deixação e na posse imediata pelo que é adquirente. Não há, nela, qualquer declaração de vontade, ou, sequer, manifestação de vontade: trata-se do ato-fato jurídico regido, portanto, por seus princípios. A tomada da posse imediata pode dar-se pela só deixação, se o adquirente se acha em situação de poder exercer o poder fáctico sôbre a coisa e acorda nisso *(brevi manu traditio, longa manu traditio).* Trata-se, então, a entrega-tomada potencial, não como ato-fato, pois que se precisa de acordo, mas sim como ato jurídico *stricto sensu,* que é, e não se confunde com o acordo *de transmissão da propriedade mobiliária,* que é negócio jurídico à parte da entrega-tomada.

(a) O poder fáctico, de que se trata, é o que resulta de estar a coisa no âmbito espacial da atuação do adquirente, o que permite, sem quebra de princípios, a mudança consensual da posse. Supõe-se não haver empecilho a que o outorgado exerça o poder de tomar a posse. Não se exige comêço de ato, nem providência do outorgado para isso.

(b) Quanto ao *acordo* para tomada da posse sem o ato de exercício, a discussão sôbre sua natureza é a mesma que a respeito do acordo de transmissão da propriedade imobiliária e mobiliária. Há mesmo a opinião que não vê, aí, qualquer acordo. Uns o entendiam ato-fato jurídico (L. ROSENBERC, *Sachenrecht,* 33; K. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 133; E. ECK, *Vortr?ige,* 18; A. MANIGK, *Willenserklãrung,* 659; E. ROHDE, *Studien im Besitzrecht,* 15, 40; V. BRUNS, *Besitzerv.,erb durch Interessenvertreter,* 92; P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen,* 100; E. ZITELMANN, t~bereignungsgeschãft, *Jherings Jahrb1~cher,* 70, 27; R. SOHM, *Der Gegenstand,* 26; H.

KRESS, *Besitz und Recht,* 316.); outros, negócio jurídico (F. KRETZSCHMAR, *Das Saehenrecht,* 16; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 4. ed., 40; J.BiERMANN, *Sachenrecht,* 13 s.; F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II,

1, □

□

8 a~9 a ed., 206; O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* II, 255; MARTIN WOLFF, III, 32; D. STÕvER, Ist die Einigung em Rechtsgeschäft?, *Archiv fur Biirgerliches Recht,* 26, 168; O.WARNEYER, *Kommentar,* II, 5).

Não há negócio jurídico. O negócio jurídico supõe, pelo menos, declaração ou manifestação de vontade, para os efeitos da figura jurídica. O que transmite a posse entrega a coisa, como a entregaria, se o outorgado tomasse posse imediatamente. Ésse é que, podendo tomá-la, se satisfaz com a entrega, exercendo, ou não, desde logo, o poder que tem. O ato bilateraliza-se; não se faz negócio jurídico. Quanto ao outorgante, tudo se passa como a respeito das entregas ordinárias. Do lado do outorgado é que há *minus:* em vez da tomada da posse, o *admi.tir* que baste o poder tomá-la. Ésse assentimento não é mais do que o assentimento à tomada. Nem se diga que êsse *minus* faz manifestação de vontade ou declaração de vontade negocial o ato do outorgado. O ato do outorgado é ato jurídico *strieto sengu,* em que os elementos entrega e circunstâncias fácticas de poder fáctico do outorgado, salvo o óbice que cessa com a entrega são ineliminâveis.

Quanto à tradição simples, se o negócio jurídico básico não é nulo, nem o é o acordo de transmissão da propriedade mobiliária, ela, em si, não pode ser nula: é ato-fato jurídico; ou existe, ou não existe. A criança pode transmitir, corporalmente, a posse. Quanto à tradição operada por acordo *(brevi mania traditio, longa manu traditio),* depende da vontade o ato jurídico *stricto sensu.* Se nulo o acôr~Io, não há tradição; se o que seria o adquirente vem a adquirir a posse corporal, é da data dessa que começa a posse, e não da data do acordo. Não há anulabilidades dos acordos de transmissão da propriedade mobiliária e da transmissão da posse, por incapacidade ou vicio de vontade; só há nulidades (arg. ao art. 622).

4. “BaEví MANU TRADITIO”. Se o adquirente já está de posse da coisa, por ser possuidor mediato, ou imediato, vinda do alienante, ou de outrem, em aquisição derivada ou originária, a tradição opera-se *brevi manu.* Se A vendeu a B a máquina que estava alugada a B, a frase “vendo-lhe a máquina que lhe está alugada” contém o negócio jurídico de compra-e-venda, explícito no verbo (“vendo”); e implícitos, o acordo de transynissáo de propriedade e o de transmissão da posse *brevi manu.* Idem, se A vende a B a coisa de que B tinha a posse

corporal, por entender, erradamente~ que lhe pertencia. Discute-se se o ser servidor da posse basta para que a tradição *brevi manu* se dê: afirmativamente, E. ECK-R. LEONHARD *(Beitrãge,* II, 113) ; negativamente, M. WOLFF *(Lehrbuch,* III, 202), mas, se o servidor da posse assumiu o poder fáctico, *toilitur quaestio,* houve entrega-tomada simples; se não o assumiu, está em situação fáctica de assumi-lo (cf. J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 202;G.PLANCK, *Kommentar,* III, 366).

Discute-se também se o acordo de transmissão da propriedade pode ser anterior à aquisição da posse pelo adquirente.

o) A afirmativa implica que baste ainda ir adquiri-la, *e. g.,* acordo de transmissão de móveis que o alienante vai ou mandou fazer e ainda não estão feitos, ou que o adquirente ou futuro locatário deles ainda não obteve do fabricante.

b) A negativa implica que o acordo de transmissão de coisas que não existem, ou não estão na posse do adquirente, é ineficaz, e não se eficaciza com a existência e posse ou com a posse posterior. Como eni *a),* J. BIERMANN

(Sackenrecht, 202), A. VON TURR (Verfugungen uber kúnftige Forderungen, *Deutsche JuriatenZeitung,* IX, 426 s., e Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings Jahrbucher,* 48, 43, *Der Alígemeine Teil,* II, 383, nota 116; radical, admitindo tradição de bens móveis futuros, MOLLER, fie Zulassigkeit der Verausserung kunftiger Mobilien, *G*"*ruchots Beitrage,* 54, 226 s.); como em *b),* G. PLANCK *(Kommentar,* III, 366; M. WOLFF, *Lehrbuch,* III, 203).

A regra jurídica do art. 620 exclui, ai, a *brevi manu traditio* antecipada *(verbis* 41 nao se transfere"). Se A vendeu a B os móveis em elaboração

em casa de C, marceneiro, e disse transmitir-lhe a posse desde já, ou êsses móveis estão prontos, e à disposição de B, e há de haver a cessão da pretensão de entrega (negócio jurídico de direito das coisas), ou não estão prontos, e A tem de ceder (negócio jurídico obrigacional) o crédito a B, tendo de ser notificado C, para o efeito dos arts. 1.069-1.072. Não há transmissão de bens futuros; pôsto que se possa prometer transmitir propriedade futura de bens. Se os móveis foram encomendados por A e êsse os alugou a B, que ainda não os recebeu, tanto falta o poder fáctico potencial de locatário quanto o de adquirente; se C já comunicou a B que os móveis estão à sua disposição, porque recebeu ordem de A, locador, B está em situação de assumir o poder fáctico, se A não revogou a ordem, ou se não a

pode revogar. Se A faz de B seu representante, a relação é obrigacional: a declaração de vontade é, então, revogável, conforme as regras jurídicas sôbre representação. E‟ preciso não se confunda com o negócio jurídico de direito das obrigações sôbre coisas futuras o acordo de trans~ missão de coisas futuras, em direito das coisas móveis, acordo *que não é permitido.*

5.SUCESSÃO, NA TRADIÇÃO. Quanto ao resultado da sucessão na posse, pelo acordo de transmissão da propriedade + acordo de transferência da posse imediata (ou + poder de tomada pelo outorgado), trata-se de sucessão *verdadeira,* e não *fictícia* (P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 302 s.; E. ECK, *Vortrãge,* II, 24; F. ENDEMANN, *Lehrbuch, ~,* 8~a9~a ed., nota 15; E. STROHAL, Der Sachbesitz, *Jkerings Jahrbiicher,* 38, 58; M. WOLF‟F, *Lehrbuch,* flj~,

□

27~a ~32 a ed., 32; sem razão: L. ROSENBERG, *Sachenrecht,* 36

s.; C. CROME, *System,* III, 41, nota 34; F. KNIEP, *Der Besitz,* 308; H.KRESS, *Besitz und Recht,* 308; J. KOHLER, Vertrag und Obergabe, *Archiv fiir Biirgerliches Recht,* 18, 4 s.).

6.TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE MOBILIÁRIA E TERCEIRO..

A transmissão da propriedade mobiliária a favor de terceiro é ineficaz, porque não é fato jurídico, . não entra no mundo jurídico (K. HELLWIG, *Vertrãge.. auf Leistung an Dritte,* 53; M. WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27.~-32.~ ed., 199; O. WARNEYER, *Kommentar,* II *,* 159; sem razão, W. KLUCKHOHN, Die Verfúgungen zugunsten Dritter, 144; FR. LEONHARD, *Die Vertretung beim Fah~rniserioerb,* 58; V. BRUNS, *Besitzerwerb durck Jnteressenvertreter,* 120 s.; e L. ROSENBERG, Vertrãge zugunsten Dritter im Sachenrecht, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 17, 541): ou é o próprio adquirente, que toma parte no ato--fato jurídico, ou no ato jurídico *stricto sensu,* ou é o seu representante, inclusive o gestor de negócios (art. 494, III), o que exclui toda estipulação a favor de terceiro.

Idem, quanto ao negócio jurídico da cessão da pretensão à entrega: é negócio juridico de direito das coisas. O

Código Civil, enumerando, no art. 494, os modos pelos quais se pode, subjetivamente, adquirir a posse (pela própria pessoa; pelo

representante ou pro curador; por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação; pelo constituto possessório) reforça nossos argumentos.

O adquirente pode receber a coisa por intermédio de representante, ou possuidor imediato, para o qual comece de ser possuidor mediato *(e. g.,* B alugou a C a coisa que comprou a A), ou de alguém que haja designado (B comprou a A e vendeu a C).

7.NATUREZA CAUSAL DA TRANSMISSÃO. No direito brasileiro, a transmissão da propriedade mobiliária é causal; pode ser condicional o negócio jurídico básico, como também o acordo de transmissão da propriedade mobiliária. Se nulo o negócio jurídico básico, o dominio não se transfere: "Também não transfere o dominio a tradição", diz o art. 622, parágrafo único, "quando tiver por titulo um ato nulo". "Nulo", ai, é só o absolutamente não-válido, não o anulável. £ suscetível de condição ou termo o acordo de transmissão imobiliária e o acordo não é simultâneo, no direito brasileiro, à transcrição. ~ Pode o acordo de transmissão da propriedade mobiliária anteceder à entrega-tomada? Sim, dizem A. vo~ TUHR *(Der Alígemeine Teu,* 1, 176, nota 18) e E. ZITELMANN

(Vbereignungsgeschäft, *Jherings Jahrbiicher,* 70, 10 s.); não, assentam J. BIERMANN *(Sachen recht,* 199 s.), M. E.

ECCIUS (Einigung und dinglicher Vertrag, *Gruekots Beitrdge,* 47, 52) e outros. Ao acordo de transmissão da propriedade mobiliária tem de se seguir, *uno actu,* a tradição; se houve, e não se seguiu a êle a entrega-tomada simples, ou outra entrega-tomada, o acordo entende-se que *cessou,* salvo se as circunstâncias mostram que continuou, pois que não é formal, e a vontade, que nêle se declara, ou manifesta, pode ter-se extinto, ou não, inclusive pode estar implícita na entrega. De qualquer modo, a *simultaneidade* é necessária. E" preciso não se confundir a questão da *incidência* dos arte. 620 e 621 com a questão da *interpretação* dos atos dos figurantes para se ver se há acordo, *ex novo* ou continuado. Se A fecha, pelo telefone, ou pelo telégrafo, ou por outro meio de comunicação, o negócio jurídico de compra-e-venda de mercadorias e diz que faz a transmissão dessas, armazenando-as, ou se exige o constituto possessório, ou não se exige. Se não se exige, não há pensar-se em se ter seguido a tradição e, pois, só há o negócio jurídico de direito das obrigações. Se, em vez de armazená-las, diz que as entrega, naquele momento, ao expedidor, e pede a êsse que as venha buscar, *entregou;* idem, se diz que as guarda a risco do comprador, e

que as procure. Tais considerações são assaz importantes porque entre o acordo e a entrega pode ocorrer incapacidade absoluta do alienante, ou do adquirente, ou de ambos: se tal aconteceu, à entrega falta acordo válido (o acordo de transmissão de propriedade é negócio jurídico de direito das coisas). Também a oferta de acordo, que não leva consigo a entrega, não vincula (= pode ser. revogada). *Aliter,* a oferta de *promessa* de acordo e entrega, que é oferta de direito das obrigações, e vincula.

O ato jurídico *stricto sensu* do acordo na tradição *brevi manu* é suscetível de condição e prazo. Bem assim o acordo na tradíçao *longa manu.*

8.SORTE DO NEGOCIO JURÍDICO CONSENSUAL. A venda da coisa alheia é válida porque se trata de contrato consensual de compra-e-venda e não há impossibilidade originária de prestação *(* = objeto impossível) : “Rem alienam distrahere quem posse nuíla dubitatio e~t: nam emptio est et venditio, sed res emptori aufferi potest” (ULPIANO, L. 28, D., *de contrahenda emptzone,* 18, 1). “Nenhuma dúvida há quanto a poder alguém vender a coisa alheia: pois há compra, e venda: mas pode tomar-se a coisa ao comprador”. A compra-e-venda gera a obrigação de entregar a coisa vendida, O que o vendedor, não-dono, não pode fazer é prestar, sem ter, antes, adquirido, ou sem vir a adquirir.

A venda do bem móvel alheio é válida, pôsto que não se possa prestar a coisa. O negócio jurídico de compra-e-venda é consensual. O acordo de transmissão, a que se seguira tradição da posse, sem que fôsse dono o possuidor tradente, é ineficaz. Pode sobrevir a pós-eficacização se o alienante adquirir a coisa. O direito romano não levou até êsse ponto de limpidez a teoria (A. BECHMANN, *Der Kauf nach rõmischem Recht,* 43 e 87 s.). Mas dêle foi que se veio. No caminho houve a influência perturbadora de escritores canônicos, que punham no mesmo plano a venda das *res sacrae* e das *res publicae* e a venda das *res alienae,* não raro extrapolando conceito de *res jurtiva.* Filósofos acolheram-na; e civilistas, que não haviam seguido a linha de evolução do pensamento jurídico desde o direito romano. Por outro lado não tinham percebido o que havia de arbitrário em se ter como objeto impossível a coisa alheia, que se pode adquirir e prestar. O que incumbe ao vendedor é prestar; se não presta, porque não adquirira a coisa, responde pelo inadimplemento.

Se o vendedor entrega a coisa de outrem, a posse Transfere-se, mas o vendedor continua responsável pela eficácia da transmissão da

propriedade, que, *ex hypotesi,* não se deu. Se sua fósse a coisa, toda a eficácia esperada se teria realizado. Se o vendedor entregou a coisa e essa não era dêle, nem é, faltou ao *adimplemento satisfatório;* e pode o comprador:

a) negar a prestação que lhe incumbe (exceção *non adimpleti contractus); b)* exigir o adimplemento com perdas e danos; e) pedir a resolução do contrato por inadimplemento, com perdas e danos.

A tradição, de que se fala, nos arts. 62 0-622, como um dos meios de aquisição da propriedade mobiliária, é o acordo de transmissão *mais* a entrega da posse. A tradição segundo os arte. 620-622 é negócio jurídico (a tradição *da posse,* no sentido do art. 520, ii, é ato-fato jurídico, se tradição simples). A entrega da coisa alheia pelo alienante adimple, em parte, o negócio jurídico consensual; bem como eficaciza insatisfatôriamente o acordo de transmissão. Fica faltando a transmissão da propriedade, que no contrato consensual se prometera e no acordo de transmissão se assentara *(z* acordara). Se o alienante adquire a propriedade da coisa que alienara sem dela ser dono, dá-se a pós-eficacização.

Se o adquirente verifica que não adquiriu a propriedade, pode ir contra o alienante com as ações do contrato consensual, porque Somente se lhe transferiu posse sem se lhe transferir propriedade.

Cumpre advertir-se em que os problemas da responsabilidade pela venda da coisa alheia não se podem levantar no sistema jurídico brasileiro sem se distinguir o contrato consensual de compra-e-venda e a tradição, com o acordo de transmissão e entrega da coisa. Nos sistemas jurídicos em que o contrato de compra-e-venda é *transmissivo,* transíativo do dominio, se se separam o contrato e o acordo de transmissão é que não se compôs contrato de compra-e-venda, mas apenas pré-contrato, promessa de vender. No sistema jurídico brasileiro, tal promessa seria simples promessa de prometer prestar; nos sistemas jurídicos que têm o contrato *transmissivo* de compra-e-venda, o pré-

contrato é como o contrato brasileiro (consensual) de compra-e-venda.

9.TRADIÇÃO, POSSE E PROPRIEDADE. Na L. 2, § 2, D., *pro emptore,* 41, 4, e na L. 38, § 1, D., *de adquirend,a vei amittenda possessione,* 41, 2, se houve tradição sob condição suspensiva, ao advento da condição, ainda inciente, o que recebeu a coisa lhe adquire a posse. Tais textos foram tidos como pré-excludentes da exigência do *animus* em

separado, porque a condicionalidade seria ao próprio *animus* (J. BARON, Zur Lehre vom Besitzwillen, *Jahrbiicher fitr die Dogmatik,* 29, 198; contra ser absurdo o *animus* para o futuro, UBBELOHDE, em GLÚcK, *Ausfiihrliche Erlãuterung.* 43-44, 5.~ Parte, 531). A ciência jurídica romana não havia chegado a isolar na *brevi manu traditio,* ou na *longa manu traditio,* a entrega e o acordo. Após a distinção dos dois elementos, não nos parece excepcional a solução da L. 44, § 7, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3. A condieionalidade ou aposição de termo é a,o acordo. (Aliás, veio isso provar a fraqueza do argumento que R. VON JHERING tirava da L. 2, § 2, D., *pro emptore,* 41, 4, e da L. 38, § 1, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2.) O assunto merece meditação.

10.TRANSFORMAÇÃO DA POSSE. No direito contemporâneo , há transformação da posse imediata em posse plena. No caso de compra-e-venda com reserva de dominio, a posse plena já se transferiu. Se o que vai adquirir já se acha em situação de poder exercer o poder fáctico, basta o negócio jurídico condicionado ou a termo, *que é mais do que o atô jurudico "stricto sensu"* que há na tradição *longa manu,* ou basta êsse ato jurídico *stricto sensu.* Aqui, convém que se evite a confusão em que incorreram os que consideraram o "ato" que há na entrega da coisa, não suscetível de termo ou condição, e o ato jurídico *stricto sensu* do acordo. Quando A. VON TUHR 253 *(Der Alígemeine Teu,* III, 284) escreveu que, de conformidade com o § 854, □

2 a parte, também a posse se pode transferir,

por acordo condicional (bedingte Einigung), interpretou que o acordo poderia ser condicional, não a entrega; foi até, coerente-mente, onde podia ir, por ter o acordo como ato jurídico *stricto sensu;* e M. WOLFF *(Lehrbuch, ifi,* 27~a~2~a ed., 32) repetiu-o, poe tê-lo como negócio jurídico.

11.AQUISIÇÃO AO ADQUIRENTE SIMULADO. Ao figurante simulante não é dado opor ao terceiro a simulação, nem no pode, em litígio, um figurante contra outro (art. 104). Se .alguém, terceiro, adquire do que simulou ter adquirido, tendo havido a suficiência e não-deficiência do suporte fáctico (na propriedade imobiliária, o título e a transcrição; na propriedade mobiliária, art. 620), nada lhe pode argúir o alienante, nem terceiro. Todavia, tratando-se de bem imóvel, a inscrição da ação de simulação pré-exclui a eficácia da transcrição relativamente ao que a propôs e inscreveu (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, *a),* VII, 2~a parte). Se móvel o bem simuladamente

transferido, o titúlo a favor do terceiro adquirente e a tradição transferem a propriedade, uma vez que não se trate de título nulo (art. 622, parágrafo único, *verbis* "título nulo"). Não se pode dizer que o terceiro adquiriu de quem não era proprietário (cf. art. 622) : o alienante, *ex hypothesi,* era proprietário. A ação do legitimado à ação de simulação pode vir antes da aquisição pelo terceiro. Tal ação é averbável no registro de títulos e documentos, se o título do adquirente simulante foi transcrito. Não no diz a lei (Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, art. 4~O, b), Decreto n. 4.857, art. 134, *b),* mas é o que se há de revelar pela analogia. Se o titulo do adquirente simulante não foi transcrito, ao autor da ação de simulação tocam dois caminhos: fazer transcrever a petição inicial (Lei n. 4.827, art.

4~o, *a),* 1, *verbis* "de outros direitos, por eles criados, para valer contra terceiros", em que "eles" são os instrumentos particulares; Decreto n. 4.857, art. 134, a>, 1) e requerer o edital, que faça as vêzes do registro. Também lhe é dado, satisfeitos os pressupostos do art. 675, II, do Código de Processo Civil, requerer o sequestro da coisa móvel, com fundamento no art. 676, II, do Código de Processo Civil.

12.NATUREZA DA PROTEÇÃO DO TERCEIRO. A proteção do terceiro, que adquire do adquirente simulado, é tutela do público. A aquisição é derivativa e o autor é o alienante simulado, que não pode opor a simulação a terceiro. Não importa se o seu titulo é posterior à alienação pelo alienante simulado, pôsto que seja o encadeamento dos registros, se os há, que decida.

§ 1.752. Tradição pelo não-dono

1.ENTREGA-TOMADA PARA TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE.

Têm-se de distinguir a entrega-tomada da coisa para a transmissão da propriedade e a entrega-tomada para transmissão da posse. No direito brasileiro, vige o principio de que a tradição não opera a transmissão da propriedade mobiliária se o tradente não é dono. O negócio jurídico obrigacional entra no mundo jurídico, pôsto que *ineficaz* para a prestação da coisa prometida *(aliter,* para a indenização); o acordo de transmissão da propriedade é ineficaz, como ato jurídico. Por isso, diz o art. 622, a parte: "Feita por quem não seja proprietário, a tradição não 1~

alheia a propriedade", o que é tautológico. Não importa se o adquirente cria no direito de propriedade do transmitente,. ou não; se estava de boa, ou de má fé. Se recebeu a coisa, tem de restitui-la ao dono: *Ubi rem meam invenão, ibi vindico,* como em direito romano. O direito medieval alemão distinguia as espécies em que as coisas haviam saído da posse do dono, sem a vontade dêsse, e aquelas em que se dera a outrem poder fáctico (a *Gewere),* o que se reflete no art. 521 e parágrafo único, *só referentes* à *posse* (diferentes o direito francês, arts. 2.279 e 2.280, e o alemão, § 932-935, que não podem, nessa matéria, nos servir) . Assim, no direito brasileiro, temos a *reivindicatio* contra o adquirente de boa fé, ainda que se trate de coisas extraviadas por culpa do dono, ou deixadas em abandono (de posse) . Há exceções já estudadas (§§ 1.745-1.748)

2.BOA FÉ E MÁ FÉ. Se o não-dono alienou, e não foi reivindicada a coisa, só se tem de atender à boa fé, ou à má fé, para se determinar o tempo de usucapião (arts. 618 e 619, cf. arts. 552 e 553). A sentença de usucapião é declarativa; portanto contra o antigo proprietário há objeção, ainda antes da sentença ou da propositura da ação.

3.BENS MÓVEIS DOTAIS. O Código Civil, art. 290, permite que móveis dotais continuem de propriedade da mulher, o que se presume. Se o marido os aliena, a reivindicação só é permitida se o marido não tem outros bens, ou se a alienação pelo marido e as subsequentes entre terceiros tiverem sido feitas por título gratuito ou de má fé (art.

295, parágrafo único).

§ 1.753. Tradição por ato inexistente ou nulo

1.Acordo DE TRANSMISSÃO INEXISTENTE OU NULO. Se o acordo de transmissão da propriedade mobiliária não entrou no mundo jurídico, não se pode pensar em que a entrega-tomada produza efeitos de transmissão da propriedade mobiliária. Se o acordo de transmissão da propriedade mobiliária entrou no mundo jurídico, mas é nulo, também não produz êsse efeito:

"Também não transfere o dominio a tradição, quando tiver por título um ato nulo" (art. 622, parágrafo único). Se o acordo, na tradição *brevi manu,* ou na tradição *longa manu,* ou pelo constituto possessório, ou o negócio jurídico da cessão da pretensão à entrega, não vale, o que falta ao suporte fáctico da tranmissão da propriedade mobiliária não é o acordo para a transmissão da propriedade, e sim a tradição

mesma, no sentido estrito (entrega-tomada) 2.TRANSMISSÃO DA POSSE SEM TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. Se o acordo de transmissão da propriedade mobiliária é inexistente, ou nulo, mas houve o ato-fato jurídico da. entrega-tomada simples, transmissão da propriedade mobiliária não há, mas há a da posse.

3.NÃO-DONO E ALIENAÇÃO. No art. 622, 1~a parte.

diz-se que a tradição feita pelo que não é dono não aliena a propriedade *(* alienação não há) ; na □

2 a parte, fala-se da

"revalidação". Revalidar, estranho à técnica jurídica, é validar de nôvo: fazer, novamente, válido; mas, se é admissível que se revalide o sêlo, ou estampilha, que não foi suficiente, para que alcance o valor que deveria ter, de modo nenhum se há de conceber revalidação do que não é: o ato jurídico inexistente, o negócio jurídico *que* não é, não se revalida, pois o que lhe falta é mais do que *validade,* é o *ser.* O não-nato, ou o não mais vivo, não convalesce, não se convalida, nem revalida.

A tradição, feita pelo não-dono, transmite a posse; não a propriedade. De modo que ou se tem o principio do art.

622, 1.~ parte, como *(a)* regra jurídica sôbre existência, ou como *(b)* regra jurídica sôbre nulidade da transmissão dos bens móveis, que é negócio jurídico, ou como *(c)* regra jurídica sôbre eficácia. No primeiro caso, tratar-se-ia de não-transmissão, e não seria sanatória a "revalidação" do art. 622, e sim ratificação, completamento do suporte fáctico da transmissão (= tornado suficiente o suporte fáctico), que teria, por fôrça da lei, eficácia *ex tune:* só ao se completar, entraria no mundo jurídico a tradição. No segundo, tratar-se-ia de transmissão *nula,* e "revalidação" estaria em vez de convalescença, como exceção à regra de que os atos jurídicos nulos não convalescem ("Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere", L. 29, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17, de PAULO, livro oitavo *ad Sabinum):* a aquisição da propriedade mobiliária pelo que fêz a tradição, sem ser dono, funcionaria como

complementação do suporte fáctico (= era deficiente e agora deixa de o ser, com eficácia *ex tune)* : a transmissão já estava no mundo jurídico, embora deficitária, e o fato nôvo encheria o défice. No terceiro, tratar-se-ia de transmissão existente e válida, mas ineficaz, e "revalidação" estaria em lugar de aquisição de eficácia (pós-eficacização) : o suporte fáctico entrara, sem défice, no mundo jurídico, e só os efeitos do negócio jurídico não se podiam produzir. A construção *(c)* é a do contrato de compra-e-venda, ou outro negócio jurídico transíativo, se o alienante não é dono do bem imóvel; não serviria à espécie da tradição pelo não-dono da coisa móvel (art. 622, 1.~ parte). Restam as construções *(a)* e *(b) :* a construção *(b)* aberraria da terminologia e tem contra si,. a mais, ter o parágrafo único do art. 622 cogitado do titulo nulo, e não se ter falado em nulidade da transmissão em si. No direito romano, a L. 42, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3 (GAIO), falou da venda do prédio dotal pelo marido e da *confirmatio,* se vem o marido a ser o dono, pela morte da mulher, e acrescentou:

4"idem iui:is est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres existitit" (a mesma regra jurídica incide quando o que vendeu coisa furtada vem a ser herdeiro do dono). A L. 4, § 32, D., *de dou mali et metus exceptione,* 44, 4 (ULPIANO) explicou o que se passava; melhor, o caminho que se tomou para se chegar até aí. Questão, como advertia F. VON SAVIGNY *(S-ystem,* § 203, VI, *in fine),* "grave e cumplicada". Aliás, o *confirmari* da L. 42 referia-se a "valere" (no sentido romano), por ser alusivo ao negócio jurídico do marido ("venditio non valet"). A

"revalidação", se o titulo era nulo, compreender-se-ia; na espécie do art. 622, 1.8 parte, tradição houve, sem ter havido transmissão. *Não houve transmissao.* A aquisição pelo não-dono teria o papel de estabelecer a transmissão, *ex nunc;* a 2~a parte do art. 622 faz ser *ex tunc* a eficácia. Por onde se vê que a mesma regra jurídica do art. 622, *2.8*

parte, se atinente às espécies do parágrafo único, seria de sanação da nulidade; se atinente à espécie do art. 622, 1.8

parte, é conseqúente ao completamento do suporte fáctico para a transmissão da propriedade móvel. O titulo nulo não transfere a propriedade móvel porque, sendo nulo, não tem eficácia; o titulo passado pelo não-dono é sem o objeto da transmissão: não pode, por isso, ter eficácia. Num e noutro caso, não há transmissão. Mas o art. 622, 2.8

parte, admite e estabelece a pós-eficacização dêsse; o parágrafo único do art. 622, a daquele.

§ 1.754. Pós-eficacização do acordo com o não-dono

1.CONTEÚDO DO ART. 622, 2.8 PARTE, DO CÓDIGO CIvIL. No art. 622, 2.8 parte, foi dito: “Mas, se o adquirente estiver de boa fé, e o alienante adquiriu depois o dominio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato”. Boa fé é a crença, sem culpa grave, na propriedade do alienante (cf. art. 490) ; não basta acreditar que o representante ou procurador tinha poderes. O negócio jurídico básico, se o promitente não é dono, pode ser válido, embora, quanto à prestação primária, seja ineficaz. O acordo de transmissão mobiliária, só, não gera obrigação, é negócio jurídico de direito das coisas; entra no mundo jurídico para o só efeito do art. 622, □

2 a parte, que é o dar base ao suporte fáctico da pós-eficacização: não se transmitiu, antes, a propriedade, tem-se, porém, agora, por transmitida, *ex tune.* Para isso, é preciso que ao suporte fáctico deficitário do acordo de transmissão, em que há o elemento das duas manifestações de vontade e a tradição, se junte o da titularidade pelo alienante, antes não-dono. O art. 622, □

2 a parte, tem a consequência de fazer ato jurídico,

embora sem efeito transmissivo, o acordo deficitário daquele requisito da transmissão que é o ser titular do direito de propriedade mobiliária o tradente. (A expressão “revalidação” não está ai em sentido técnico.) Se o adquirente estava de boa fé (ao tempo do acordo e tradição) e o alienante veio a adquirir a propriedade, a qualquer título, eficaciza-se o acordo, completando-se a eficácia, com a transmissão. Se isso não ocorre, e o adquirente continua com a coisa, pode sobrevir a usucapião conforme o art. 618, ou conforme o art. 619.

2.PRINCIPIO DO EFEITO POSSÍVEL. O Código Civil não abriu exceção ao principio *Nemo plus iuris ad alium transf erre potest quam ipse haberet* (L. 54, D., *de diversis regulis juris antiqui,* 50, 17): a favor do possuidor de boa fé, se o alienante adquiriu a propriedade mobiliária, estabeleceu-se a pós-eficacização; só então ocorre a transmissão da propriedade, como retro-eficácia. Se o alienante só adquire a propriedade depois de ter o adquirente alienado a coisa, nem por isso se deixa de operar a pós-eficacização, limpando-se a história da

propriedade da coisa.

Já vimos, no Tomo XI, § 1.191, 2, que o princípio jurídico *Nemo plus iuris transf erre potest quam ipse habet* resulta do próprio conceito de propriedade derivada. Quem transmite não pode transmitir mais do que tem. Nem o que recebeu de outrem pode pretender ter recebido mais do que tinha o antecessor (L. 20, pr., *de adqu rendo rerum dominão,* 41, 1; L. 175, § 1, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17). A usucapião, em geral, e a aquisição da propriedade com base no art. 530, 1, se o transferente não era dono, não excetua o princípio.

O problema, quanto aos móveis, cobre-se de interesse, ainda maior, digamos, que o decorrente do art. 530, 1, se não-dono o outorgante. A parecença ressalta. Ali, há, e mostramo-lo no Tomo XI, aquisição originária. Quanto aos bens móveis, que não sejam regidos pelo direito cambiário, o problema não surge, devido a reivindicabilidade dos móveis, no direito brasileiro, segundo os princípios comuns. Mas no direito cambiário e cambiariforme levanta-se êle. O possuidor de boa fé que houve o titulo cambiário ou cambiariforme de possuidor não-dono,ou de tenedor, recebe propriedade derivada ou originária? Aqui é que está a *punctum doliens.* Precisemos mais: a aquisição pela só posse de boa fé é a aquisição do título cambiário ou cambiariforme ao portador ou do endossado ao portador ou em branco (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 39:

"O possuidor é considerado legítimo proprietário da letra ao portador e da letra endossada em branco"; art. 39, § 2.0:

"O possuidor, legitimado de acordo com êste artigo, Somente no caso de má fé na aquisição pode ser obrigado a abrir mão da letra de câmbio").

a)As coisas móveis, excetuados os títulos ao portador, são reivindicáveis contra o possuidor de boa fé: *Ubi rem meam invenão, ibi vindico.* A única influência germânica, que se tem, no sistema jurídico brasileiro, é a do art. 521, só atinente àvindicação da posse: não se pode vindicar posse (isto é, independente da boa fé) se houve deixação da saisina *(Gewere),* como se em vez de se tratar de perda, furto ou roubo a coisa foi parar às mãos do possuidor por ato do depositário, comodatário, locatário ou credor pignoraticio. Se isso se dá, não se pode invocar o art. 521, mas tem-se a *reivindicatio.*

b) No direito comum (civil e comercial), os títulos ao portador são irreivindicáveis contra o possuidor de boa fé, exceto se houve perda, furto ou roubo. A vindicação da posse

ocorre se houve perda, furto ou roubo; a reivindicação, também nesses casos. A boa fé é óbice à reivindicação, salvo se houve perda, furto ou roubo. Na vindicatória da posse não se apura a boa fé ou a má fé.

O art. 521 é invocável se o título ao portador não é cambiário, ou cambiariforme. (Se o é, a boa fé impede a reivindicação como a vindicação da posse, por ter havido aquisição.)

c) No direito cambiário ou cambiariforme, a reivindicação não pode dar-se contra o possuidor de boa fé; nem o art.

521 teria cabimento contra o possuidor de boa fé, portanto, o art. 521 não é de invocar-se, útilmente, sendo mais indicados os remédios possessórios.

O adquirente da posse, com boa fé, adquire a propriedade (M.PAPPENHEIM, *Handbuch des Seerechts,* III, 334): não se pré-exclui, nem prescreve apenas a ação de reivindicação. Tão--pouco só adquiriu posse inatacável (direito medieval alemão; Código Civil suíço, arts. 714, alínea 2~a, e 933).

O adquirente da propriedade *a non domino* é sucessor da posse; não na propriedade. O antecessor não transmitiu, eficazmente, propriedade de outrem; o ato de "transmissão da posse" e a alusão à propriedade são, como a boa fé, elementos de supor. te fáctico de aquisição originária (sem razão, os que interpretam a regra jurídica como de transmissão *eficaz ilícita,* mas pelo não-dono, como O. WENDT (Der Erwerb von einem Nichtberechtigten, *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 89, 17 s.), OTTO vON GIERKE *(Deutsches Privatrecht,* II, 576), K. HELLWIG *(Wesen und sub jektive Begrenzung der Rechtskraft,* 101 s.), H. DERNBURG *(Das Biirgerliche Recht, ~,* 4~a ed., 354) e MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, § 69, III). A aquisição é originária (F. REGELSBERGER, Der sogenannte Rechtserwerb von Nichtberechtigten, *Jherings Jah~rbiicher,* 47, 375 s.; R. SOHM, *Der Gegenstand,* 52; MENDELSSOHN-BARTHOLDI, *Grenzen der Rechtskraft,* 435; K. R. ROMEICK, *Zur Technik des BGB.,* III, 35; e VON SCHWERIN, *tber den Begriff der Rechtsnachfolge,* 25). O dono do titulo, a que a aquisição por outrem causou dano, continua com a ação contra o transferente da posse, quanto ao preço (em lugar do título), e a ação pelo ato ilícito, absoluto

(H.VIEBIq, *Der Erwerb dinglicher Rechte vom Ni,chtberechtigten,* 70) ou relativo. O adquirente adquiriu com causa; e a equidade não se pode fundar no art. 968, parágrafo único, aliás só referente a imóvel

alienado a titulo gratuito, porque a regra jurídica do art. 968, parágrafo único, só se refere ao terceiro de má fé, nem tem o sistema jurídico brasileiro a regra do § 816, 2~a parte, do Código Civil álemão, que dá ação contra o terceiro adquirente que prestou a quem não devia. Repugna invocar-se a ULPIANO, na L. 41, § 1, D., *de div ersis regulis iuris antiqui,* 50, 17: "In re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro"; pois estamos em terreno de outro ambiente que o romano.

§ 1.755. Acordo posterior à entrega-tomada

1.PROPoSIÇÃO DO ACORDO DE TRANSMISSÃO. O acordo de transmissão de propriedade mobiliária há de ser simultâneo à entrega-tomada; ou suceder à entrega-tomada: não pode ser anterior, se bem que se haja de considerar, frequentemente, que o acordo (fáctico) continuou, por ter sido manifestação de vontade permanente, devido às circunstâncias (~ nada mostra que se havia mudado de vontade). A capacidade, porém, apura-se no momento da tradição, porque o acordo deve ter vindo até então. O acordo, que se segue à entrega-tomada, completa o suporte fáctico para a transmissão: houve a transmissão da posse, para o acordo; dá-se, agora, o acordo. Os escritores alemães quase sempre confundem a espécie do acordo posterior à tradição para o acordo e a espécie da *brevi manu traditio* naquela, a tradição, a entrega-tomada, só no plano da posse, já foi *para o acordo;* ao passo que, na segunda,

"causa pervoluntatem domini mutata deservit ad adipiscendam possessio-nem" (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria,* IV, 7:"... per alienationem rei factam in personam possidentemilíam *ex alio titulo,* puta, commodati, depositi, vel locati") . Sehouve *brevi manu traditio,* anterior, houve, necessâriamente, oacordo de transmissão possessória, pôsto que *ainda* não tenhahavido o acordo de transmissão da propriedade. *E. g.,* se Adeu posse a B para a venda da coisa, de que B era locador(transmissão *brevi manu,* no plano só possessório), ficando deacordar na transmissão da propriedade ao chegar a mulher,comuneira do bem, por B só admitir preço menor do que A□tinha combinado com ela. Os que pretendem exista tradição *brevi manu* antecipada aproveitam a confusão de conceitos.

2.EFICÁCIA DO ACORDO POSTERIOR. O acordo posterior à tradição produz a transmissão desde êle, sem se poder invocar, por analogia, o

art. 622, 2~a parte.

3.BOA FÉ E ART. 622, □

□

2 a PARTE, DO CÓDIGO CIVIL. A boa fé, de que se fala no art. 622, 2 a parte, é de exigir-se no momento da tradição. Não se trata de boa fé linear (na dimensão do tempo), como a dos arts. 551 e 698, e sim de boa fé punctual. A aquisição, em si, é que há de ser de boa fé. Daí a irrelevância da má fé que sobrevenha (o que nada tem com a máxima * *Mala fides superveniens non nocet*>. A sentença obtida na ação de petição de herança contra o herdeiro aparente, que teve transcrita a sentença de adjudicação, ou de partilha, é executável contra o terceiro que adquiriu bem móvel,

j..

inclusive o crédito, porque a transcrição Somente concerne aos imóveis. O que adquire do herdeiro aparente fica na situação que se prevê no art. 622, □

2 a parte: se o herdeiro aparente vem, depois, a adquirir a propriedade, o terceiro de boa fé adquire-a, *ex tunc* (pós-eficacização da alienação de coisa alheia). Em se tratando de automóveis (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 136, 7.0), se houve a transcrição do negócio jurídico no registro de títulos e documentos, o terceiro adquirente não é tratado como o adquirente do imóvel do herdeiro aparente: a transcrição da partilha não estabelece a fé pública para as aquisições de móveis; e só o adquirente ao terceiro (segunda transcrição no registro de títulos e documentos) pode invocar a tutela da fé pública.

4.ALIENAÇÃO DE COISA ALHEIA E POSSE DE BOA PÉ. A responsabilidade do possuIdor de boa fé que aliena a coisa alheia assaz interessou à ciência desde que, em 1844, R. VON JHERING *(Abhandlungen . aus dem rõmischen Recht,* 73 s.) versou o assunto. O interesse científico da discussão não se apagou, a despeito de ter corrido mais de um século.

O proprietário da coisa tem contra o possuidor a pretensão a restituição, ou, se a restituição não mais se pode dar, à indenização.

No direito romano, a *condictio sine causa* e a *actio directa negotiorum gestorum,* aquela, dependente de ter havido enriquecimento à custa do proprietário, e definitiva (= sem regresso), se o possuidor vendeu com *pactum de non praestanda evictione,* essa, se existiu *animus negotia aliena gerendi* (contra, por só admitir a ação de gestão de negócios alheios, E. CHAMBON, *Die* negotiorum gestio, 9 s.; por so admitirem a *condictio sine causa,* ainda se tinha título o possuidor, H. GÕPPERT, *t)ber die organischen Erzeugnisse,* 357; se sem titulo, R. VON

JHERING, *Abhandlungen aus dem rómiscken Recht,* 81, F. vON SAvIGNY, *System,* V, 523, C. G. VON

WÃCHTER, *Erõrterungen,* II, 100, sendo subsidiária a *condictio).* Excluia as duas K. HELLWIG *(t)ber die Haftung des veraussernden gutglãubigen Besitzers,* 15), por Somente caber se algum negócio jurídico tivesse havido entre autor e réu (contra, R. Lu1~z, *Die Haftung des verãussernden gutgliiubigen Besitzers,* 10 s. e 63 s.). Para R. VON

JHERING, se o possuidor com titulo tivesse de restituir sofreria dano, não tendo ação regressiva contra a pessoa de quem adquirira (contra, A. KOEPPEN, *Der Fruchterwerb des* bonae fidei possessor, 95). As fontes são interpretáveis a favor das duas ações (B. WINDSCHEID, *Zwei Frageu,* 5), tendo sido ocasional só se referirem os textos a casbs de possuidor sem título. Quanto à outra questão, a da dedução das despesas da venda, é de entender-se que se descontavam (E. ZIMMERMANN, *Aechte und unaechte* negotiorum gestio, 43 s.), bem assim o que se inverteu na coisa.

§ 1.756. Constituto possessório

1.PODER FÁCTICO E AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE MOBILIÁRIA.

A obtenção do poder fáctico, na aquisição originária da posse, é sem qualquer elemento de *ato* do possuidor anterior. A obtenção do poder fáctico, com *ato* do possuidor anterior, é transmissão da posse, que se dá, ordinàriamente, pela entrega tomada simples (ato-fato jurídico). Também são *ato* do possuidor anterior a transmissão pela entrega-tomada *brevi manu,* a transmissão pela entrega-tomada *longa manu* (atos jurídicos *stricto sensu),* ou pelo constituto possessório, cuja natureza merece estudo aprofundado e sincero. Sincero é o termo. Ai, as teorias da posse têm de chocar-se, porque se está a inquirir da existência, ou não-existência, do elemento vontade no suporte fáctico do *constitutum possessiorium.* E‟ compreensível que a luta maior,

tardia, se tivesse travado em torno do papel da vontade do possuidor, isto é, do que seria o poder constitutivo dessa vontade. A história, pós-romana, que teve o direito do constituto possessório, na França e nos sistemas jurídicos que a seguiram, traduz o desvio máximo para o lado da suficiência da vontade. „~„ *Dominia rerum nudis pactis trans feruntur.* O sistema romano estaria, assim, destruido. As teorias da posse que abstraíram do *animus* tinham de repelir essa invasão do querer humano no dominio fáctico, sem ser como fato. Às que abstraíam do *animus* e do *corpus,* e não nos esqueça que assim se concebeu o Código Civil, cabia verem o problema no mundo fáctico, assistindo a entrada do *factum* e do *actum* no mundo jurídico.

2.DEFINIÇÃO DO CONSTITUTO POSSESSÓRIO E PROPRIEDADE; TEORIAS. O Código Civil falou do constituto possessório, a respeito da aquisição e da perda da posse, nos arts. 494, 1V,. e 520, V; a respeito da aquisição da propriedade mobiliária, no art. 620; e a respeito do penhor, no art. 769. Em nenhum dêsses lugares a lei o definiu. Ora, quanto ao próprio direito" romano, não havia concordância dos juristas sôbre o alcance e a aplicação do *constitutum possessorium,* e nada mais perturbante do que empregar-se em texto legal termo que tem mais de um significado

No constituto possessório, chama-se *constituinte* o que retém a coisa e constitui, para outrem, a posse; *constitutário,* aquele para o qual é constituída. E‟ figura contrária à *brevi manu traditio:* nessa, o que tinha só a detenção, ou a posse imediata, faz-se possuidor mediato, ou o que tem posse mediata faz-se possuidor mediato de grau superior; no constituto possessono, o possuidor mediato faz-se possuidor imediato, ou mediato de grau inferior, ou detentor. A expressão foi inspirada na L. 17, D., *de adquirenda vel amitte~da possessione,* 41, 2 ("possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere"; cf. A. KIENAST, *Constitutum possessorium,* 25). E‟ provável que tenham sido ULRICH ZASIUS *(Opera,* III, 149) e A. ALCIA TUS *(Opera omnia,* 1471) os primeiros a usarem o nome

"constitutum". A exigência da entrega corporal, que supõe, no mundo fáctico, a sucessão das posses, foi que tornou surpreendente aos glosadores o constituto possessório, se bem que BÁWrOLo apenas o considere "notabilis casus" e JASÃO DE MAINO não se espante com êle. No século XIX, usou-se e abusou-se do constituto possessório. A intensidade dos negócios e a circulação dos bens móveis permitia que o dolo e a fraude, a par de honestos emprêgos da cláusula *constituti,* lhe dessem grande relevância.

Na L. 18, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, a CELSO atribui-se: “Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium”. Como se dissesse: “O

que possuo em meu nome posso possuir em nome alheio: nem, certamente, mudo para mim a causa da posse, mas deixo de possuir e faço possuidor, por cargo meu, a outrem, nem é o mesmo possuir e possuir em nome de outrem, porquanto possui aquele em cujo nome se possui; (e) o procurador presta seu mister para a posse de outrem”.

Na L. 77, D., *de rei vindicatione, 6,* 1, ULPIANO respondeu à questão de ter, ou não, ação real o que adquiriu, por doação, de mulher, que tomou o mesmo fundo em arrendamento. Na L. 28 e na L. 35, § 5, C., *de donationibus,* 8, 53, a reserva é de usufruto, dizendo-se, naquele texto, que reter, ai, é *tradere,* e, nesse, que, com o reter-se o usufruto, também se entende, de direito, fazer a tradição: “si... usus fructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intellegi fieri”. Diante dêsses textos, os investigadores e teoristas assumiram atitudes divergentes: a) Falou CELSO em termos tão gerais, sem aludir a qualquer negócio jurídico que implique a constituição de direito de uso da coisa, ou de prestação dêle, e tão firmemente, prevenindo objeções, que se pôde dizer (teoria do *constitutum possessorium* pelo *animus* só) que, no sistema jurídico romano, a posse em nome próprio pode ser transformada em posse em nome de outrem sempre que o possuidor o queira: cessa de ser possuidor, e converte-se em *detentor* (= possuidor imediato, possuidor mediato outrem). *Mirabile mundi,* bradou AzÃO, *Summa Codicis,* 8, 54, ns. 7 e 8. *Nobilissima species, inter traditiones fictas,* notava A. LEYSER, nas *Meditationes ad Pandectas* (sp.

445, m. 6). Tal teoria tem contra si: *a)* que tornaria dispensável a *entrega,* a *traditio,* para a transferência da propriedade, o que seria ir contra os princípios (Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, L. 20, C., *de pactis,* 2, 3; L. 50, pr., D., *de rei vindicatione,* 6, 1); *b)* que abstrai do adquirente, atribuindo todo efeito transíativo à vontade do transmitente, o que estaria em contradição com a técnica romana das tomadas de posse dos móveis como elemento necessário à transmissão; *c)* que essa opinião dos juristas insinua na interpretação do texto celsiano ulteriores evoluções, desviantes, do direito consuetudinánão francês e rompe, de frente, com o direito romano. A teoria levaria à coloração da posse com as mudanças de vontade do possuidor, um tanto unilateralmente.

Não se vê, quase, o adquirente. Quem possui em nome próprio pode começar a possuir em nome de outrem; e contra isso há a máxima *Nemo ipse sibi causam possessionis mutctre potest,* que, ainda se abstrairmos das teorias a respeito dela, afirma não haver suporte fáctico de transformação da posse em que o elemento único seja a vontade: o *animus alieno nomine detinendi* seria elemento suficiente para o suporte fáctico, tomando-se à letra o "alium possessorem ministerio meo facio" de CELSO. Ora, se essa fôsse a teoria do direito romano, no caso da doação de todo um patrimônio, não se teria exigido a tradição de cada coisa *(Vaticana Fragmenta,* § 263; L. 42, pr., D., *de mortis causa donationibus et capionibus,* 39, 6); idem, em se tratando de herança (L. 14, § 1, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4). Na L. 2, D., *pro socio,* 17, 2, GAIO, depois de dizer PAULo (L. 1) que, na sociedade de todos os bens, entram têdas as coisas que pertencem aos contraentes (quae coeuntium sunt), inseriu: "porque, se bem que especialmente não intervenha entrega, se crê, ainda assim, que se fazem imediatamente comuns". A isso opôs R. vON JHERING *(Der Besitz‟wille,* 215) que as palavras de GAIO o põem em contradição com o direito romano: PAULO (L. 1) só se referia à propriedade do patrimônio. A questão é velhissima: JoÃo BASSIANO e AzÃo, entre os glosadores, admitiam que ai se trasladassem propriedade e posse; ACÚRSIO, que só se operasse a transmissão da propriedade.

Contra a teoria a) ainda é de argúir-se: *a)* que do contrato de compra-e-venda, ou outro, e do contrato de locação, por exemplo, resultam obrigações; seria estranho que os dois contratos, separadamente, só dessem pretensão obrigacional ao outorgado, e que o fato de serem com a mesma pessoa, que tem a coisa, os torne negócios jurídicos de direito das coisas, nascendo a *actio* real, em vez da ação do contrato, a *actio empti; b)* se a transmissão da posse se opera pelo fato de serem simultâneos os dois negócios jurídicos, então não há *actio empti,* cada figurante já executou a sua obrigação e o comprador só tem a *actio locati; c)* o suporte fáctico do *constitutum possessorium* seria a união puramente externa de negocios jurídicos; eventualmente, com dependência bilateral ou unilateral, mas a isso não se referiram os textos romanos.

Antípoda da teoria a) é a negação da existência mesma do instituto. Se bem que HUBERTUS GIPHANIUS, de que adiante se fala, tenha sido um dos negadores do constituto possessório, o verdadeiro inimigo do instituto foi II. F.

SCHORCH *(De Conatituto possessorio,* 1 s.), que não lhe viu qualquer ~conteúdo próprio: sem os textos, dizia, chegar-se-ia ao mesmo

resultado.

b)A *teoria dos dois negócios jurídicos insertos no constituto possessório* frisava que só em virtude de reserva de direito de uso se poderia dar o *constitutum possessorium.* O *animus* só não o perfaria. O constituto possessório passaria a ser a ~categoria jurídica da transformação da posse em detenção (ou, no direito civil contemporâneo, da posse do proprietário em posse imediata). Assim, A. ExNER *(Die Lehre vom Rechts*

 erwerb durch Tradition, 142 s.) e R. vON JHERING *(Der Besitzwille,* 210 s.). Os dois disseram remontar a teoria a HuGo DONELO *(Commentarii,* II, 404: "Constituit autem quis, . . . si eius rei... usum sibi ex aliqua causa retineat..."; mas verdade é que HUGO DONELO admitia o *constitutum possessorum sine causa* ou *simplez.*

c)A *teoria do constituinte representante* já satisfaz mais ao texto de CELSO e ao de ULPIANO, ao passo que a teoria a) se atinha àquele e a teoria b) a êsse: o possuidor tem o *corpus* e o *animus,* desinveste-se dêsse, que passa ao adquirente, e êsse, que o adquire, com o *corpus,* pelo alienante, à semelhança da posse adquirida pelo representante, dá a posse (imediata) do direito reservado ao alienante. Vê-se bem que à base de tal teoria estão velhos resíduos filosóficos, num quase "jôgo de tênis" de *anzmus.* A teoria do constituinte representante teve alguns adeptos *(e. g.,* C. FERRINI, *Manuale di Pandette,*

3 a ed., 326, que não admitia que se fôsse além da representação; E. BUsSI, *La Formazione dei Dogmi,* 1, 41). E‟ não entender-se o texto de CELSO: quando êle termina o que está dizendo, e acrescenta "procurator alienae possessioni praestat ministerium", não diz que o constituinte seja *procurator* do constitutuário: apenas, por estar a argumentar, remata com a analogia, que é a da representabilidade na aquisição da posse. A velhíssima teoria é insustentável. Já A. ALCIATUS *(Opera omnux,* 1471: "Rei a nobis possessae alium possessorum facere possumus, si constituarnus eius nomine nos possidere: cen~eturque ille per nos tanquam per procuratorem possidere") e ULRICH ZASIUS *(Opera,* III, 150) a tentaram, com repercussão em GERARDO

NOODT e D. CLASSENIUS *(Disputatio de Constituto possessorio,* § VII). "Quasi procurator", dizia aquele, como se com isso resolvesse a questão. O mais interessante é que ZASIUS via no *ministerium* do constituinte *verb um* e *factum* ("actus corporeus" do constituinte). Um dos maiores intérpretes dos textos sôbre constituto possessório foi um dos seus negadores: HUBERTUS GIPHANIUS *(Lecturae Altorphinae,* ad

L. 10, D., *de donationibus,* 120, e ad L. 18, D., 41, 2, 473), que na doutrina não via outra coisa que aproveitamento de palavras esparsas, não se podendo tirar mais do que os textos dão, a possibilidade de procuração ao transmitente. A negação parou a meio caminho.

Ainda ao tempo de 1. HARBURGER *(Das* Constitutum possessorium, 500) a teoria era de quase todos os juristas: o constituinte nada muda em sua posse corporal; mas êle muda em *animus alieno nomine possidendi* o seu *animus sibi habendi.* LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 41-43), como tantos outros, considerou o constituto possessório caso de adquisição da posse pelo representante: retém o constituinte a posse, que perdeu, como representante do constitutario.

Não há dúvida que se pode dar que o representante tenha de adquirir, para alguém, a posse que está consigo; mas aí representação há e não se pode elidir o negócio jurídico consigo mesmo. Não há constituto possessório. Ressalte-se que a mesma pessoa pode exercer dois papéis, tanto mais quanto se pode exercer o poder fáctico sem ser proprios atos corporais, *e. g.,* se o que os pode praticar *solo animo* o subordina ao que está a representar. No constituto possessório, nova apreensão não é de exigir-se, porque o estado que a apreensão produziu não cessou, a despeito da descontinuidade subjetiva.

d)A *teoria do constituto possessório tradição ficta ou subentendida* explica-o de outro modo: há dois negócios jurídicos; e o sistema jurídico romano, para evitar que se tivesse de fazer dupla tradição, deixou de exigir a entrega-tomada material. Note-se que a referência à vontade, ao *animus,* escasseia de a) a d) e não desaparece em d), porque aqueles dois negócios jurídicos podem ser puramente obrigacionais e se torna difícil adaptar tal teoria ao *Dominia rerum non nudis pactis trans feruntur.* No art. 620, ao referir-se ao constituto possessório na transmissão da propriedade imobiliária, o Código Civil alude a "subentender-se" a tradição. ~ E‟ outra maneira de se dizer que, aí, há ficção, ou apenas se aludiu à entrega-tomada corporal, para que se subentendesse? A última interpretação é que é a verdadeira. Tradição é o assunto dos arts. 62 0-622, embora se haja empregado o termo, no art. 620, □

2 a parte, em

sentido estrito. Com isso, evitou-se a referência a qualquer elemento subjetivo, a *animi mutatio,* ou à *causa representationis,* em que falsamente se baseavam outras teorias.

e)A *teoria do constituto possessório efeito de acórdo sObre transmissão* aponta os negócios jurídicos que podem ser suscitadores do acordo sôbre transmissão da posse, mas êsse *é* ato jurídico *stricto sensu,* e não negócio jurídico. Tem ela a vantagem de evitar que se atribua aos negócios jurídicos obrigacionais efeito que já seria execução das obrigações que deles se irradiem. Por outro lado, revelam-se traços comuns da *brevi manu traditio,* da *longa manu traditio* e do *constitutum possessorium.* Resta o problema de se saber se o ato jurídico *stricto sensu* exige a anterioridade daqueles negócios jurídicos (portanto seriam elemento do suporte fáctico), ou se não a exige. Se a exige, tem-se algo do que resultaria de b). Se não na exige, algo do que resultaria de a). Deve-se a J. A. HELLFELD

(lurisprudentia forensis, □

4 a ed., § 1000) ter chamado atenção para o acordo, ainda quando anexo ao contrato de compra-e-venda: “conventio de re non suo sed creditoris iure possidenda, donec de credito satisfactum fuerit” *(e. g.,* penhor, anticrese). Para J. KOHLER (Vertrag und Ubergabe, *Archiv fiir Biirgerliches Recht,* 18, 4 s.), o constituto possessório é negócio jurídico de tradição. Antes, J. KOHLER *(Gesammelte Abhandlungen,* 8) apontava o constituto possessório como contrato consigo mesmo, o que não se poderia admitir e seria complicar, em vez de se simplificar o problema. Isso não impede que o contrato consigo mesmo exista, no tocante *à* alienação e ao outro negócio jurídico; e, portanto, no tocante ao acordo jurídico de tradição pelo constituto possessório.

O acordo, de que surge o constituto possessório, é negócio jurídico bilateral, e não ato jurídico *stricto sensu,* como a *brevi manu traditio* e a *longa manu traditio.* Se o acordo é nulo, não se transfere a posse. Tratando-se de alienação de bens móveis, cumpre distinguir se o *constitutum possessorium* é *simplex* ou *cum causa possessionis,* o que é a regra; pois o *cum causa* segue a sorte do negócio jurídico subjacente (arts. 620 e 629): a nulidade dêsse acarreta a daquele. Tratando-se de bens imóveis, o acordo de transmissão da propriedade e o de transmissão da posse são abstratos, e o efeito de transcrição, quanto à propriedade, é inafastável fora dos princípios. ALVARO VALASCO

(Decisionum Consultationum, II, 255) frisou que se não deve confundir o efeito para a tradição, modo de se adquirir a propriedade, e o efeito para a tradição, modo de se adquirir a posse. Se a cláusula *constituti* foi adjeta a contrato nulo, também nula é ela : no *constitutum*

possessonum cum causa, os negócios jurídicos, ou, pelo menos, o negócio jurídico de transmissão do direito é elemento necessário do suporte fáctico do acordo. Se o *constitutum possessonium* é *simplex,* só se tem de cogitar da existência e validade do acordo. Se, na tradição simples, há, a despeito da não-validade do negócio jurídico subjacente, a transmissão da posse, é porque, aí, "per actum naturalem realis traditionis", a posse se transfere (explica ÁLVARO VALASCO, II, 256) ; digamos: a transmissão da posse é, então, por ato-fato jurídico: "per actus naturales transfertur possessio, etiam ex contractu inutili sive causa iniusta, et non legitima, quia, ad adquirendum possessionem per actum verum, non requiritur titulus, vel causa legitima". Já assim ANTÔNÃO COMES *(ln Leges Tauri Commentana,* L. 17, n. 3-5). Grandes juristas.

3.CONSTITUTO POSSESSÓRIO E TRADIÇÃO. A primeira questão é quanto a ser o constituto possessório espécie de tradição, ou substituto dela. Pó-lo A. TIRAQUELO *(De Constituto possessório,* 1 s.) entre os modos de transferir a posse *sine alia traditione.* Ora, o que falta ao constituto possessório é apenas a *traditio realis,* como bem frisou ALVARO VALASCO *(Decisionum Consultationum,* II, 255 s.).

A apreensão da coisa reduzia-se, para alguns, ao apanhar, ao agarrar, ao poder fáctico físico ou corporal. Daí terem distinguido a *apprehensio vera* e a *ficta* ou *ficticia,* de que PLACENTINO *(Suma Codicis, Tit. de acq. et ret poss.,* 329) já usava. Nota-se bem o que há de restritivo em tal atitude:

o poder fáctico, sem ser com a mão, com os pés, com os instrumentos, estaria *fora* do mundo fáctico. A entrega pelas chaves, ou com a senha, ou o bilhete, passava a ser simbólica; a entrega pelo constituto possessório, ficta. Uma vez que faltava o *actus corporeus,* tudo se tinha de passar no mundo da imaginação. Daí compreende-se que se escorregasse até à negação de ser tradição o constituto possessório: se é, ficto, não é. Ora, o constituto possessório contém tanto entrega-tomada quizer os outros modos de tradição.

4.COMO SE OPERA O CONSTITUTO POSSESSÓRIO. Tradente (constituinte) é o possuidor a título de dominio, ou o possuidor mediato, se passa a ser possuidor imediato ou mediato de grau inferior. Entendia J. KOHLER

(Vertrag und Obergabe, *Archiv fi~r Ejirgerliches Recht,* 18, 4 s.) que não poderia ser tradente, no constituto possessório, o possuidor

imediato, se outrem é o mediato, nem o possuidor mediato que não é, também, o que tem em mão a coisa. Ora, nada impede que, por exemplo, o locatário, se o contrato lho permitiu, se faça sublocatário de quem era o seu. Naturalmente não pode o locatário ou outro possuidor imediato transferir o que o não tem. O

representante, sim, é que não pode constituir para si (sem razão, HANS BLATZHEIM, *Stellvertreter,* constitutum possessorium, 43 si.

O representante pode constituir posse a outrem, se quem fica como possuidor é o representado. Se C, mandatário de A, vende a B a casa, e ao mesmo tempo se faz locatário de B, deve ter, em nome de A, dado posse a B, e dêle receber a posse imediata: o „acordo de transmissão de posse deve ter existido *(e. g.,* se A não dá a posse, ou a retira do representante, antes da locação, ou depois, C só tem ação de locação contra B, e não ação possessória contra A).

Se C, mandatário de A, vendeu a B a máquina e ao mesmo tempo a tomou ou alugou a B, ou C transmitiu, simplesmente, a B a posse, ou não a transmitiu :~ se a transmitiu, recebe a posse imediata; se não a transmitiu corporalmente, é preciso que tenha havido, em nome de A, o acordo de transmissão de posse *mais* a *longa manu traditio* por B. Não há constituto possessório a favor de terceiro (A não poderia constituir a favor de C). Resta saber-se se, sendo C procurador de B, e não de A, pode constituir-se possuidor diretamente. Arguía C. GUILHERME DE CUNEO tal figura de impossível *(fictio fictionis!),* como a *servitas servitutis,* mas o procurador só teria a dar a posse que *receberia* para B (BÁRTOLO advertira: ". . . in hac quaestione, domino quaesitam esse veram possessionem et verum dominium; procuratori vero non"). Para que A recebesse de C a posse imediata, ou precária, seria preciso que B tivesse dado posse a C sem ser a de procurador *(e.*

g., locador), e então toda a hipótese de constituto possessório com C é absurda: se A transmite e B recebe de C, houve *brevi manu traditio* com C e *constitutum possessorium* com B.

Oacordo é de direito das coisas. Aparecia, explícito, nos documentos medievais e pós-medievais. E‟ apenas espécie de acordo de tradição (contra, M. CHLAMTACZ, *Die rechtliche Natur des tYbereignungsakts durch Traditiou,* 8 s.

e 17 s.). Estêve perto de ver o ato jurídico *stricto sensu* ULRICH ZASIUS, mas a idéia de representação perturbou-o e não lhe permitiu ver no suporte fáctico do constituto possessório os elementos

-*actus* do constitutário, ao lado do elemento-actus do constituinte: êsse, procurador daquele (tanquam ministrum), é que produziria o *factum* e o *actii,s corporeus.* ~ Precisava-se dêsse *actus corporeus?*

5. EXAME DAS TEORIAS. A teoria a) serve ao art. 1.138 do Código Civil francês e desprega-se completamente do direito romano, negando-lhe os princípios. Bem a exprobrou, e definitivamente, R. VON JHERING *(Dei*"

Besitzwille, 212 s.), por ser contrária ao direito romano e por elevar à categoria de princípio jurídico puro, de verdade dogmática, o que fôra simples modo de expressar-se, de construir, de jurista romano, sem outros textos que o esteassem: o que a teoria a) queria, nem o adotou o sistema do direito romano, nem no poderia, sequer, admitir.

A teoria b) supõe a *causa* e faz a transmissão provir da união dos dois negócios jurídicos, que seriam, portanto, elementos necessários. Não se ajustaria ao Código Civil, que, se faz causal o negócio jurídico da transmissão da propriedade mobiliária, não obsta ao constituto possessório abstrato.

A teoria c) poderia atender ao art. 494, IV, que cogita do constituto possessório, depois de se falar da aquisição por si-mesmo (1), por intermédio de representante ou procurador (II), ou pelo gestor de negócios, dependendo de ratificação (III)

Volvemos à questão do conceito do constituto possessório: atemos o *simplex,* ou só o *cum causa?* Na esteira de AZÃO, alguns entenderam que só a transmissão da propriedade permite o constituto possessório. AcÚRSIO, à L. 18, D., 41, 2, ULRIcH ZASIUS, à L. 18, n. 7, e A. TIRAQUELO *(De iure cone.*

.*stituti possessorii trac tatus,* limit. 45) viam na transmissão da posse ensejo para o constituto possessório, solução que é a do Código Civil, arts. 494, IV, e 520. Extrapolou o conceito A. FABER *(De Erroribus pragmatico‟rum,* III, dec. 75, error 1; contra, FR. J. KORTHOLT, *De possessione,* § 16), que o quis admitir em quaisquer contratos. Mas, para isso, é preciso que se trate de posse, *que vai,* e de posse *que vem* (cf. A. VINNIUs, *Inatitutionum,* II, § 43, 222); e J. FABER (cf. C. G. BRUNS, *Das Recht des Besitzes,* 372) ia além da exigência da posse, que se transmitisse, entendendo que em qualquer obrigação caberia.

Na Lei das Sete Partidas (III, 30, 9), o constituto possessório aparecia e lá está a explicação do instituto: “Esso mismo seria si aquel que enagenava la cosa, dixesse: Otorgo, que de aqui adelante tengo la possession della en vuestro nombre”. Mais: a lei distinguia o *constitutum simplex,* com a simples declaração “constituto me tuo nomine possidere”, e o *constitutum cum causa detentionis* (locação, comodato, usufruto, penhor, etc.). Também HUGO

DONELO não viu só o último; viu os dois, a despeito de A. EXNER e R. VON JHERING só citarem o que êle disse sôbre o primeiro (cf. J. BIERMANN, *Traditio ficta,* 211). A evolução no direito francês começou no século IX; acentuou-se nos costumes. No meado do século XVI escreveu A.TIRAQUELO o seu livro *De iure constituti possessorii tractatus* (1549), em que, com os pós-glosadores, frisou a distinção entre o *constitutum simplex* e o *cum causa detentionis* (ou *cum precario)*. Influiu em ÁLVARO VALASCO (cf. *Decisionum Consultationum,* II, 255 s.).

Quanto aos móveis, ora se entendia que seria só entre os contraentes o efeito, ora que seriam *erga omnes,* ora se exigia a publicação na igreja. Em ÁLVARO VALASCO *(Decisionum Consultationum,* II, 255 s.) a dicotomia aparece e a explicitude é digna de menção: ". . . clausula constituti, per quam transfertur possessio, absque aliquo actu reali eius, cui acquiritur. . . ; naturalis et civilis si est símplex constitutum, et etiam si constituens possideat naturaliter tantum".

O constituto possessório pode ser reforçado quando se apõe a cláusula de precário (ou de precariedade, *e. g.,* "fica de posse, precàriamente", cf. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Notas de Uso prático,* III, 109). Então, o constituinte fica na situação do art. 487: é apenas *servidor da posse;* e em verdade a posse se constituiu, pois o que importa é ter passado a outrem, sem a entrega-e-tomada corporal. Comentando o Código, 5, 8, BÁRTOLO referiu-se à espécie: ". . . transfert in eum civilem possessionem tantum retenta naturali". Mas o constituto possessório com a precariedade ainda é, observemos, constituto possessório com causa.

A possibilidade de ser abstrato o constituto possessório quanto à causa da posse pelo constituinte foi discutida em 1880, no 15.0 Congresso de Juristas alemães, e negada, enérgicamente, por A. ExNER e outros, contra a opinião geral, até então assente.

O constituto possessório tem, de regra, causa, que é a base, não o efeito da transformação da posse no possuidor anterior (de modo absoluto, L. HAUSER, *Stellvertretung im Besitze,* 49; A.EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition,* 143 s. ; E. MEISCHEIDER, *Besitz unâ Besitzschutz,* 298). O constituinte fica com a coisa, *porque* tem algum interesse, ou o tem o constitutário. De qualquer modo é o locatário, o depositário, o usuário, o usufrutuário, o credor anticrético, o credor pignoratício, o comodatário, o mandatário, o precarista. Mas isso não exclui a abstração excepcional, pois o negócio jurídico, especial, do constituto possessório não se confunde com o negócio jurídico da transmissão da propriedade mobilIária, que é sempre causal. E" interessante notar-se que B.

WINDSCHEID *(Lehrbuch,* 1, 4.~ ed., § 155, notas 8 e 8-a), que empregara o termo fundamento jurídico,

"Rechtsgrund", só disse, na a cd., "Grund~", e assim

5~

até ~ 9~a cd. .< 1, 779), respondendo, em nota 8-c, a

A.ExNER e E. MEISCHEIDER. Naaa impede que se use a cláusula *constituti* Somente para o efeito da transmissão da posse e se satisfaça, assim, o pressuposto para a aquisição da propriedade (art. 620) . Aliás, A. RANDA *(Der Besitz,*

2 a cd., 415 s. e 421 s.) sbmente via na exigência da causa explicitação para se mostrar a seriedade da cláusula. No sentido da pós-glosa, *constitutum possessorium sim plex* era o em que se formava a nova posse do transmitente sem direito à posse imediata. Não se pode apurar, ao certo, se iam os pós-glosado res até a abstração da causa. Não é o mesmo deixar para ser transmitida, mais tarde, a posse; aí, transmite-se propriedade, não se transmite posse. Mas é constituto possessório *cum causa,* se o transmitente, por altruísmo, se encarrega de guardar a coisa: não cabe (mais) a ação *empti;* é a *depositi* que cabe. A ação *empti* só instantâneamente cabe; portanto, não coube. O art.

1.748 do Código Civil da Califórnia deu-nos regra sôbre a espécie ("After personal property has been sold, and until the delivery is completed, the seller has the rights and obligations of a depositary for hire, except he must keep the property without change, until the buyer has had a reasonable opportunity to remove it"). Ou é depositário, ou não no é; se não é depositário, nem se encarregou a título precário, „ou a tradição simples não se deu, nem a *longa manu traditio,* nem a *brevi manu traditio,* nem o constituto possessório, ou se deu alguma daquelas e não êsse. Pretensão obrigacional só há enquanto alguma das tradições não ocorre. Se ocorreu, ou a posse pelo transmitente é no interesse só do adquirente, se constitutário; ou é oriunda de ato de desapossamento dêsse; ou é só no interesse do adquirente não constitutário (cp. J. BIERMANN, *Traditio ficta,* 371 s.; R. MtYLLER-ERZBACH, *Das Traditionsprinzip,* 27

s.).

 O que importa é que a posse da coisa fique retida, no que não é a posse que se transmite, e o acordo estruture a retenção; para isso não se precisa de causa. Necessário é, portanto, que se estabeleça posse *alieno nomine.*

Suficiente, que se haja, não substituído, mas poupado a entrega-tomada pela fôrça da impossibilidade lógica e física: no mesmo *instante* dar e receber. Como a posse é poder fáctico, há instante em que as duas vontades operam a transmissão e o retorno, sem que se precisasse do excesso cênico da entrega-tomada corporal, ou do supérfluo da forma plástica. Onde isso é elemento indispensável ao ato ou à sua publicidade, surge a hostilidade ao constituto possessório. Foi

o que aconteceu com o direito medieval alemão (C.

G. HOMEYER, *Des Sachsenspiegels*

zweiter Teu, 2, 316 s.; J. KOHLER, *Lehrbuch,* 1, 541) e com os costumes em que aparecia o "donner et retenir ne vaut". A doutrina de se não poder conceber o constituto possessório abstrato foi a que prevaleceu no direito civil alemão, devido à definição que se inseriu no § 930: "Estando na posse da coisa o proprietário, pode a entrega (tibergabe) ser substituida, se fôr convencionada, entre êle e o adquirente, relação jurídica, em virtude da qual o adquirente receba a posse mediata".

O Código Civil brasileiro não alude a essa necessidade de se criar relação jurídica, nem a exigência de se criar relação jurídica devia ter sido interpretada, qual fizeram os juristas alemães, como *relação jurídica de que nasce posse imediata.* Há relações jurídicas de que nasce relação possessória de servidor da posse. Seja como fôr, o sistema jurídico brasileiro não supõe que o constituto possessório seja "individualizado", permite-o abstrato.

6.SE É DE SUBENTENDER-SE A CLÁUSULA "CONSTITUTI". Discute-se se é de subentender-se, ou não, a cláusula *constituti,* na escritura de transmissão de propriedade de bens móveis. Naquela, pode haver o acordo de transmissão da propriedade e não haver o de transmissão da posse, inclusive pelo constituto possessório. Se não há o acordo de transmissão da posse, nem, sequer, a cláusula *constituti,* não se dá a transmissão da posse. Transmitiu-se propriedade, sem posse. No instante de transmissão da propriedade mobiliária,, ou se opera a tradição real (entrega-tomada corporais), ou a tradição *longa manu,* ou a *brevi manu,* ou a tradição pela cláusula *constituti* (art. 620), ou a cessão da pretensão à entrega: sem aquela e sem essa, não há transmissão da propriedade, nem da posse. Não há cláusula *constituti* tácita; mas, se o alienante, ao mesmo tempo que transfere a propriedade e a posse, se faz possu!dor imediato, a cláusula está implícita. Implícita; não, tácita, como pretendia, na esteira de J. CUJÂCIO

(Coment. in Digest., opera posteriora, II, art. L. 18), J. A. FROMMAI".IN *(De Ficta seu Quasitraditione,* 49). Além do caso do usufruto, da locação e do *precarium,* há o do comodato, o do penhor, o do depósito (J.CUjÁcio, *Observationes,* opera priora, III, 596).

7. AUSÊNCIA E REPRESENTAÇÃO. (a) O negócio jurídico e bilateral, tanto que não pode ser transferida a posse~ pela cláusula *constituti,* ao

ausente, que não tem representante. (ANTÔNÃO DA GAMA, *Decisiones,* d. 303, n. 2; ÁLVARO VALASCO,. *Decisionum Consulta tionum,* 1, 112; ANTÔNÃO DE SOUSA DE MACEDO, *Decisiones,* 186 s.; MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses,* 1, 500), ainda que a aceite o tabelião.

Em todo caso, pode ter havido ratificação em tempo hábil (ANTÔNÃO DE SOUSA DE MACEDO, 187) . Discutiu-se se o constitutário podia representarse (negativamente, sem razão, DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Tractatus de Donationibus,* L. 1, prael. 1, n. 21, e MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Notas de Uso prático,* III, 111 > . O representante é, ai, instrumento do constitutário, tomando parte no negócio jurídico constitutório (certo, PANTALEÃO DE ARAÚJO NETO E GUERRA, *Cornmen tarja,* 172). Se o contrato é sob condição, suspensivamente (MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses,* 1, 500), adia-se a posse; ou se o é o próprio acordo (ANTÔNÃO GOMES, *In Leges Tauri Commentaria,* L. 45, n. 93; PANTALEÁO DE A. NETO E

GUERRA, *Commentarza,* 161) : ". . . in hoc enim casu, in quo condicionale est constitutum, nuílum, dum pendent condicio, effectum operatur dicta clausula; et hic est casus, in quo debet intelligi conclusio proxime posita: Si autem constitutum non est condicionale, sed pure dictum, licet contractus, cui adiicitur, condicionalis sit; nihilominus effectum suum operatur ipsa clausula, vere et realem transferendo possessionem". Excelentemente dito; apenas faltou advertir em que o contrato mesmo, isto é, o negócio jurídico básico, pode ser condicional da transmissão da posse, porque, se o é e não no é o acordo, a contradição estala. Quanto às. universalidade5 e patrimônios, MIGUEL

DE REINOSO *(Observationes Practjcae* 186 s.) viu bem que, *rationi universi,* a posse deles se podia transferir: não há, então, a incerteza *ratione loci et quotae:* ". . . incertam partem rei nemo possidere potest, ut scilicet procedant quando datur totalis incertitudo tam ratione loci quam quotae: haec enim incertitudo circa locum et quotam impedit acquisionem possessionís, et ita procedit

a posse da coisa. Se a condição ou o prazo é resolutivo, o que se admite, explicitamente, quanto à propriedade em geral (art. 647), a propriedade volve ao alienante, a posse, *que esteja com* o *adquirente,* volve, por fôrça da cláusula *constituti.* Sôbre a admissibilidade do constituto possessório condicional, cf. MARTIN WOLF"F *(Lehrbuch,* III, 205

s.) e W.

STINTZING *(Die tibertragung beweglicher Sachen,* 132). Na execução contra o constituinte, o constitutário pode alegar a posse e ser-lhe oposta: a prescrição da ação possessória (assim se há de entender a MANUEL ÁLVARES PÊGAs, *Resolutiones Forenses,* 1, 501), ou a resolução, ou terminação, se se trata de posse mediata e o que fôra constituinte tem outra causa de possuir (era sublocatário e passou a dono), ou o fato de se terem passado cinco anos da transformação da posse do constituinte em posse como dono (art. 619; MANUEL ALVARES

PÊGAS, 1, 501).

Tratando-se de bem móvel, nulo o negócio jurídico causal, nulo é o acordo de transmissão da propriedade pela cláusula *constituti* (art. 622, parágrafo único; ANTÔNÃO GOMES, L. 45, n. 29; ALVARO VALASCO, *Decisionum Consultationum,* 1, 112); não assim se apenas anulável, ao que, aliás, pode sobrevir ratificação.

8. PRETENSÃO E AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE; CONSTITUTO POSSESSÓRIO. Se o alienante da coisa tem a pretensão e a ação de imissão de posse, discute-se se já pode alienar, transferindo a posse pelo constituto possessório (constituto possessório *antecipado).* Admitiram-no L. ENNECCERUS *(Lehrbuch,* 1,

□

30~a~34 a ed., 451;

contra, na mesma obra, MARTIN WOLF"F, III, 205), A. VON TUHR (Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings Jahrbucl&er,* 48, 47), K. KOBER *(J. v. Staudingers Kommentar,* ~ ~ ed., 365), H. HOENIGER *(Die Sicherungsiibereignung,* □

2 a ed., 111 s.), W. WEBER *(Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten,* 47) e G.

DRAGANESCO *(Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter,* 95). Argumentam que o constituto possessório Somente se há de operar *quando* o constitutário obtém a apreensão, e então se integra o constituto possessório (em verdade, quando já é desnecessário), ou que o constituto possessório se integra desde logo e a apreensão sobrevém.

Tudo isso é fora dos princípios. O erro tem a mesma.

fonte que o de MANUEL MENDES DE CASTRO *(Practica Lusitana,* 1, 105) e de ANTÔNÃO DE SOUSA MACEDO *(Decisiones,* 186), de que antes se falou. Se B adquire a coisa 1 e não propõe ação de imissão de posse antes de a vender a C, não tem posse, tem pretensão e ação de imissão: é isso o que B pode transferir a C, e não a posse. Demais, j,que é que reteria para si? Razão houve para a celeuma contra o constituto possessório antecipado (O. LENEL, Stellvertretung und Vollmacht, *Jherings Jahrbitcher,* 36, 67 s.; F. REGELSBERGER, Ober Besitzerwerb durch Mittelspersonen, 44, 406; E. PRZIBILLA, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, 50, 335; J. KOHLER, Vertrag und Obergabe, *Archiv fztr Biirgerliches Recht,* 18, 66; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 4.~ ed., 367; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 203; cf. FR. LEONHARD, *Die Vertretung beim Fahrniserwerb,* 46, que bem frisou tratar-se de simples promessa obrigacional de transmissão da posse, ao que acrescentamos: "ou da pretensão e ação de imissão de posse").

Não é preciso que o transmitente fique com posse imediata, basta que fique com posse de grau inferior à que transmite; nem que a posse transmitida tenha de ser nova *(e. g.,* B transmite a propriedade e a posse a C, adquirindo, desde logo, os direitos de locação de D, e ficando com o prédio)

Quanto ao constituto possessório em que o adquirente deixa a coisa com o alienante a título de servidor da posse (art. 487), há três opiniões: *a)* a radical, que nega existir, aí, o constituto possessório tratar-se-ia de tradição simples; *b)* a que o afirma, pois que a posse não se transmitiu corporalmente; *c)* a que distingue a situação em que o serviço da posse *sobreveio* à transmissão e para isso basta que o acordo seja fora do negócio jurídico básico, ou não tenha sido pela criação do serviço de posse que se deu por transferida a posse, e a situacão em que se quis *evitar* a ida e volta do *corpus.* A opinião *a)* é a de TH. KIPP (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* [, □a ed., 785), MARTIN WoLFF"

(Lehrbuch, III, 205) e outros, entre os quais não se há de incluir a H. KRESS *(Besitz und Recht,* 168), que nega existir entrega ou constituto possessório. Pela opinião *b),* C. CROME *(S?Jstem,* III, 205), F. KNIEP *(Der Besitz,* 253

s.) e J. KOHLER (Vertrag und flbergabe, *Archiv fiir Burgerliches Recht,* 18, 81 s.). Se a) é a opinião verdadeira, então o caso é o dos arts. 493, 1 e II, e 494, 1, ou art. 620, □

1 a parte; se *b),* então é de invocar-se o art. 494, IV, ou

620, □

2 a parte. A opinião verdadeira é *c).* A procuração, a representação, é que ocorre se não se precisou de caracterizar o constituto possessório, e então há de ser invocado o art. 494, II (o alienante contrata consigo mesmo, em nome do adquirente); se há qualquer intervalo entre a transmissão da propriedade, ou da posse, e a constituição do serviço de posse, então não houve constituto possessório, nem representação, e regem os arts. 493, 1 e II, 494, 1, e 620, □

1 a parte; sempre que houve simultaneidade entre aquisição da posse e a constituição do serviço de posse, e falou-se do constituto possessório, foi por êsse que se transmitiu a posse. Pode ainda ocorrer que não se haja estabelecido o constituto possessório, nem a representação, nem a tradição simples *(e. g.,* as instruções do adquirente não foram aceitas pelo transmitente da propriedade que não acordou com o constituto possessório) e Somente aqui teria razão H. KRESS.

9. TRANSMISSÃO PARA SEGURANÇA OU GARANTIÀ. Uma das aplicações práticas do instituto do constituto possessório é a transmissão para segurança ou garantia: o que deve, em vez de pagar, ou de deixar que se lhe executem os bens, dá-os em alienação, retendo-lhes a posse *(e. g.,* ferramentas, móveis de casa, mercadorias ou o próprio patrimônio comercial), com a particularidade, o *plus,* da fidúcia. Se não há fraude contra credores, ou outra causa de nulidade, ou anulação, tal negócio jurídico *vale.* A transcrição para segurança lembra o penhor fiduciário do direito romano e o *wadium* germânico. Todos os três têm por fito a garantia, pela transmissão da propriedade. No direito romano, mercê do *pactum fiduciae,* paga a dívida. o credor tinha de mancipar, de volta, a coisa (H.

DERNBURG, *Das Pfandrecht,* 1, 9). No direito germânico, em vez disso, a transmissão da propriedade resolvia-se.

No direito brasileiro. pode dar-se *a)* que se insira no negócio jurídico de transmissão a condição resolutiva, o que o art. 647 permite, ainda em se tratando de propriedade imobiliária, sem que isso se choque com a natureza abstrata do negócio jurídico de transmissão (acordo), ou *b)* que se crie *união* de negócios jurídicos (de transmissão e obrigacional). A figura *a)* nem sempre é de negócio jurídico fiduciário (sem razão, A. NATHAN, *Die Obertragung dês Eigentums,* 11). E‟ certo

que os negócios jurídicos de transmissão para segurança nascem, ao lado das regras jurídicas estritas, por incongruência entre os fins econômicos de vida e os meios que o direito oferece, mas isso não prova que sempre perfaçam a fidúcia. A falta da "hipoteca dos móveis" concorre para aqueles negócios, porém daí não se tire que sei am sempre fiduciários.

10. REPRESENTAÇÃO, NO CONSTITUTO POSSESSÓRIO. Nada impede que o transmitente e o adquirente se representem, para o constituto possessório; nem que o transmitente tenha poderes do adquirente para aquisição de propriedade e posse, ou só da posse, nos quais se incluem os de constituto possessório, se tem poderes para atribuir posse ou serviço de posse a alguém. O art. 1.133, II, não no alcança. O representante do transmitente não pode adquirir para si, porque infringiria o art. 1.133, II. A casa de comissões de compras pode fazer-se depositário dos bens que compra para o seu freguês, bem assim, se houve adiantamento de dinheiro, segundo o negócio jurídico entre eles, fazer-se credor pignoratício.

11. CONSTITUTO POSSESSÓRIO. O constituto possessório pode derivar de incidência de lei. Tal o que ocorre com o pai, ou mãe, titular do pátrio poder, ou tutor, ou curador, que doa ao filho, pupilo, ou curatelado, algum bem, e êsse fica sob a sua administração. Bem assim, com o marido, ou mulher, que administra o casal, se doa ou aliena ao outro cônjuge algum bem. Assim, J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 203), G. PLANCK *(Komment ar,* III, 4.~ ed., 368, e MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 206); contra, F. KRETZSCHMAR *(Das Sachenrecht,* 206), K. KOBER *(J.*

von Staudingers Kommentar, ~, □

7 a8~a ed., 366), E. GoLDMANN - H. LILIENTHAL *(Das B~rgerliche Gesetzbuch,* II, 72, e

O.WARNEYER *(Kommentar,* II, 161). Na discussão, há certo mal-entendido: os bens que, oriundos de negócios jurídicos de outrem com o incapaz, entram na esfera jurídica dêsse, vão à posse imediata do pai, tutor, ou curador, que os administra, como administrador dos bens do incapaz; se é do próprio pai, tutor, ou curador, que procede o bem, necessàriamente se transmita a posse mediata, se se transmitiu, estando como alienante, foi pelo constituto possessório. Não se afaste da desse mediata a atenção: essa é que está em causa.

§ 1.757. Tradição com cessão da pretensão à entrega

1. CEssÃo DA PRETENSÃO À ENTREGA. Diz o art. 621:

"Se a coisa alienada estiver na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indireta pela cessão que lhe fizer o alienante de seu direito à restituição da coisa". E acrescenta o parágrafo único: "Nos casos dêste artigo e do antecedente, parte final"

refere-se ao constituto possessorio a aquisição da posse indireta equivale à tradição". A coisa está em mãos de terceiro, que dela tem a posse imediata, podendo acontecer que haja outros terceiros com posse mediata intercalar.

Houve o acordo sôbre a transmissão da propriedade e a cessão da pretensão à entrega da coisa, segundo a relação jurídica entre o transmitente e o terceiro. Se há terceiros com posse mediata intercalar, a cessão é de todas as pretensões à entrega. Se não há qualquer relação jurídica entre o transmitente e quem tem a posse imediata, e sim entre o transmitente e possuidor mediato, com que está em relação jurídica o terceiro, cede-se a pretensão à entrega pelo possuIdor mediato.

Não se confunda a cessão da pretensão à entrega pelo possuidor imediato, ou mediato de grau inferior, que é, certamente, a de que cogita, em primeira linha, o art. 621, com a cessão da pretensão à reivindicação, ou pretensão reivindicatória, que é consequente à transmissão da propriedade, e pode ser cedida separadamente. Discute-se se o art. 621 apanha a pretensao reivindicatória: *a)* se a apanha, a propriedade mobiliária só se transmite se, além do acordo de transmissão da propriedade, se cede a pretensão reivindicatória; *b)* se não a apanha, basta que se acorde sôbre a transmissão da propriedade, para que se transfira, implicitamente, a pretensão reivindicatória: se A vende e acorda na transmissão, desde já, a B da coisa que lhe foi roubada, cedeu, implicitamente, a pretensão a reivindicá-la.

Como em *a),* J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 205),

A.

LAST, Fragen der Besitzlehre, *Jherings Jahrbucher,* 63, 78; como em *b),*

A. VON TUHR *(Der Aligemeine Teu,* 1, 266, e II, 190), J. KOHLER *(Lehrbuch,* 222), MARGARETHE SCHERK (Die Einrede aus dem Recht zum Besitze, *Jherings Jahrbuch,er,* 67,,390), H. SIBER *(Die Passivlegitimation bei der* rei vindicatio, 246), MARTIN

WOLFF *(Lehrbud~,* III, 2"7.~-32.~ ed., 207, nota 18), e O. WARNEYER *(Kommentar,* II, 161).

No direito brasileiro, a transmissão da propriedade mobiliária está sujeita às regras jurídicas dos arta. 620-622: o acordo de cessão é necessário; ainda quando alguém se diga, contra o transmitente, dono da coisa, ou ainda que se haja roubado a coisa (II. BUHL, *Das Recht der beweglichen Sachen,* 59 8.; J. KOHLER, Vertrag und flbergabe, *Archiv fiir Biirgerliche8 Recht,* 18, 88; A. VON TUHR, *Der Aligemeine Teu,* 1, 266, nota 105; contra P. OERTMANN, Beitrage, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 118, 78 s., e E.

ZITELMANN, tYbereignungsgeschaft, *Jherings Jahrbucher,* 70, 51; cf. também J. BiEaMANN, *Sachenrecht,* 205).

Os interessados no acordo de transmissão da propriedade mobiliária têm de pactuar a cessão do art. 621. Diz-se que, se A alienou a B, cedendo-lhe a pretensão à entrega por C, locatário, ou o que seja, ignorando que D a furtou, ou que a furtou alguém, que se ignora, não é possível provar-se a cessão da pretensão contra D ou o ignorado ladrão.

Espanta que MARTIN WOLFP *(Lehrbueh,* III, 207) tenha adotado tal argumento para a dispensa da cessão: cessão houve da pretensão contra C, e a propriedade transmitiu-se, levando consigo a pretensão contra o ladrão.

Da expressão "a exigir de outrem", "von einem Anderen zuverlangen", que aparece no § 194 do Código Civil alemão, ao se definir pretensão, tem-se procurado tirar que não existe pretensão "ante todos", isto é, a exigir de quem quer que seja, *e. g.,* C. KRONBERGER *(Die AnsprUche des Eigentiimers,* 1 5.). Seria dar-se à lei de certo país o decidir de questão de sistema lógico que interessa os outros sistemas jurídicos. E" certo que o sistema do direito civil alemão inseriu a definição, mas "qualquer , quem quer que seja", pode estar em "outrem". Tanto mais quanto, no próprio Código Civil alemão, há seção com a rubrica "Pretensões oriundas da propriedade" (Anspruche aus dem Eigentum).

A pretensão à entrega, no art. 621, não é só a pretensão à entrega que tem o possuidor mediato.

2.DIREITO ROMANO. Quanto à cessão da pretensão „reivindicatória punha-se a questão de se saber se, com ela, se adquiria a propriedade (F. ZIMMERMANN, t~ber fingierte und stillschweigende Cession, insbesondere der Vindikation, *Zeitschrift f-Ur Civilrech,t und Prozess,* 15, 112), ou simples pretensão pessoal (R. VON JHERING, Ubertragung der *rei vindicatio* auf Nichteigentumer, *Jahrbucher filr die Dogrnatik,* 1, 119; K. ATTENHOFER, Der Gegenstand der Cession, *Zeitschrift flir schweizerisches Rech~t,* 26, 233 s.; J. DE

CARVAJAL Y VIANA, *Úber die Cession der* rei vindicatio, 7 s.; E. STAMPE, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation, *Archiv fitr die civilistische PraxLs,* 80, 382)..

Hoje, o que devemos entender é que se pode transferir a propriedade pelo acordo de transmissão *mais* a cessão da pretensão à entrega, ainda que, por não ter o proprietário a posse, Somente tenha a pretensão à entrega contra o possuidor próprio. ~Êsse é o ponto, em que se há de atentar. A pretensão reivindicatória é real, porém não basta, só por si, para que, pela cessão, se transfira a propriedade, é preciso que haja o acordo de transmissão e ela. Não temos, nem tinha o direito anterior, nem o direito comum, a transmissão Somente consensual (cp. Código Civil francês, arts.

711 e 1.583). Para o direito civil brasileiro, como para o direito comum, o direito luso-brasileiro e o direito alemão, *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis trans feruntur* (L. 20, C., *de pactis,* 2, 3). O

elemento “real” está no acordo de transmissão, que vincula, e na tradição, que atinge a coisa, sendo a cessão da pretensão à entrega tradição da posse mediata ou sub-rogado da tradição, por faltar ao proprietário a posse (EUGEN

NEUBURGER, *Eigenturnserwerb durch Anspruchsabtretung,* 15).

3. Acordo DE TRANSMISSÃO, SEM FORMA ESPECIAL. Trata-se de acordo de direito das coisas, não de direito das obrigações. A eficácia é vinculante. Negócio jurídico bilateral; não, porém, contrato. Não é formal. Pode ser oral; em certas circunstáncias, tácito (G. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 374). O que adquiriu a coisa e foi-lhe endossado, nulamente, o conhecimento de depósito de mercadoria está no caso do art. 621; idem, o que compra a mercadoria se o vendedor lhe dá o recibo do expedidor, ou o que escreve carta a êsse

porque só vendeu parte das coisas constantes do recibo.

4. POSIÇÃO JURÍDICA DO TERCEIRO. O direito do terceiro a não entregar a coisa ao tempo que se diz ter de ser entregue (inclusive imediatamente>, ou a não entregar em qualquer tempo, não exclui a transmissão da propriedade (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 163), se o transmitente a tinha. Se não a tinha, alienou coisa alheia e cedeu pretensão que não tinha. Tão-pouco, é preciso qualquer aviso ao terceiro: trata-se de cessão de direito das coisas, com eficácia *real.* O terceiro conserva, contra o adquirente, todas as objeções e exceções que teria contra o alienante.

5. PROPRIEDADE DE MERCADORIAS. A transmissão da propriedade de mercadorias, a respeito das quais se haja emitido *título de tradição* (conhecimentos, *warrants* à ordem e outros títulos representativos), cuja entrega-tomada significa tradição da posse das coisas representadas, faz-se por essa entrega-

-tomada, como elemento integrante, e com o acordo de transmissão da propriedade mobiliária, com a tradição, no sentido dos arts. 620-622. Outra figura é a cessão da pretensão à entrega da coisa, como se não foi endossado o documento àordem. Volveremos ao assunto (§§ 1.825, 1.828, 1.830-1.834).

6. ALCANCE ESPECÍFICO DO ART. 621 CÓDIGo CIVIL. O art. 621 nenhuma incidência tem em direito imobiliário.

7. ANÁLISE DAS ESPÉCIES. A cessão da pretensão à entrega, de que se fala no art. 621, transfere a propriedade, transferindo a posse, ou a pretensão à posse. Não há simples *cessio actionis,* nem, à romana, a cessão da *rei vindicatio.* Daí a importância do art. 621 e seu parágrafo único. Disse o art. 621: "Se a coisa alienada estiver na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indireta pela cessão que lhe fizer o alienante de seu direito à restituição da coisa". No parágrafo único, aludindo-se também ao constituto possessório, de que se falara no art. 620, *in tine,* estabeleceu-se: "Nos casos dêste artigo e do antecedente, parte final, a aquisição da posse indireta equivale à tradição". A coisa fica onde está, com o terceiro. O alienante, se é possuidor mediato, transfere tal posse, o que basta à transmissão da propriedade por tradição. Se o alienante não tinha a posse, cedeu só a pretensão à entrega, mas isso, no direito brasileiro, equivale à tradição, para o

efeito da transmissão da propriedade: não se transfere a

posse, porque não se tem, mas transfere-se a propriedade, que ainda se tem.

A cessão da pretensão à entrega, a que se refere o art. 620, é a cessão da pretensão à entrega, que emane da propriedade. Supõe-se que a pessoa, contra quem se cede, tenha a posse, no momento da cessão, ou no momento em que deveria ter eficácia a cessão. Por isso mesmo, se, depois dêsse momento, aquele

que era obrigado à entrega, perde a posse, a transferência já se deu. Se, no momento ou antes do momento em que deveria existir a posse, o obrigado à entrega fôra vitima de roubo, idem, se ainda não passou o tempo a que alude o art. 520, IV, -ou se já passou.

A transmissão de mercadorias a respeito das quais se tiram títulos, como conhecimentos de embarque, conhecimentos de armazéns gerais, *warrants* à ordem, tem de ser feita pelo acordo de transmissão e entrega dos títulos, ou pelo endosso e a entrega dos títulos. Estão excluidos, entenda-se, os talões e recibos que Somente sirvam para entrega e recepção das mercadorias. Se o título havia de ser endossado, e não no foi, mas o titular do direito de propriedade, que está longe, não pode endossar o título, a cessão da pretensão à entrega pode, com o acordo de transmissão, transferir a propriedade, mas, vindo o

título à mão do que teria de endossar e não

endossara, e êsse, agora, endossa a outrem, o terceiro adquire a propriedade, devido à posse de boa fé.

Pode dar-se que ceda a pretensão à entrega quem não é proprietário, porém com isso, no direito brasileiro, não adquire a propriedade o outorgado: Somente terá a propriedade se sobrevier pós-eficacização, por ter adquirido o alienante, depois, a propriedade (art. 622).

CAPÍTULO XI

SUCESSÃO UNIVERSAL E SUCESSÃO SINGULAR

A CAUSA DE MORTE

§ 1.758. Propriedade mobiliária e sucessão

1. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE MOBILIÁRIA. A propriedade dos bens móveis também se adquire por sucessão hereditária, universal ou singular. Por sucessão universal adquire-se o patrimônio da pessoa física, que morre, ou da pessoa jurídica, que se extingue. Também se há de pensar na subdivisão ou desmembram&ito do Estado-membro (Constituição de 1946, art. 2.0), ou de Território (Constituição de 1946, art. 3.0), ou de Município, de modo que se tenham de separar os bens móveis. Há, ainda, a aquisição por fusão, ou cisão de sociedade civil ou comercial ou de direito público.

2.

SAISINA. Aberta a sucessão por morte, o dominio e a posse dos bens móveis, como dos imóveis, transmitem-se, automàticamente, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.572. Ao legado de coisa própria do testador referem-se os arts. -1.690-1.707; ao legado de coisa alheia, o art. 1.678 (disposição de última vontade ineficaz eficacizável) ; ao legado de coisa pertencente ao herdeiro, o art. 1.679; ao legado de coisa só em parte pertencente ao testador, o art. 1.680; ao legado de coisa determinável pelo gênero ou pela espécie, o art. 1.681; os arts. 1.682-1.689

prevêem outras situações. Toda a matéria pertence ao direito das sucessões.

3. SUCESSÃO UNIVERSAL ENTRE VIVOS. A alienação de estabelecimento ou empresa Somente suscita sucessão universal, se a alienação é de patrimânão, prevista, assim, a universalidade da sucessão. Fora daí, não. O

direito brasileiro reconhece a existência de sucessão universal entre vivos, tanto que considera a espécie (art. 496, La parte), à parte da sucessão hereditária universal (arts. 495 e 1.572). Todavia, não há sucessão universal na a1ienaç~o do estabelecimento ou empresa, salvo *lez specialis.* Não se adquire o bem imóvel antes da transcrição; não se sucede nas dívidas sem que se observem as regras jurídicas concernentes a cada uma delas. Se a lei apenas diz que o sucessor responde pelas dívidas tais, há de entender-se que também responde pelos interesses.

Na partilha em vida (art. 1.776), viram J. ROELER *(Lehrbuch,* 1, § 53) e E. BETTI *(Appunti di diritto civile: diritto di successioni, 9,* 47 e 147;

Teoria generale di Negozio giuridico, 23 s.) sucessão universal; mas sem razão. A *divisia znter liberos é* adiantamento a todos os herdeiros, ou simples formal de partilha para emprégo depois da morte.

A sucessão do ausente não é sucessão universal, porque a sucessão mesma é *temporária.*

Há sucessão universal na *ludo* ou na *incorporação* de pessoas jurídicas e na extinção de personalidade conseqUente à. aparição de outra. E‟ o que ocorre com duas ou mais entidades políticas que se fundeni, ou uma ou algumas se incorporam noutra, ou em duas ou mais entidades de direito privado, ou público, que se fundem ou uma se incorpora, ou algumas se incorporam noutra. Não é fusão a aquisição do patrimônio de outra pessoa jurídica, com reembôlso dos acionistas e credores da pessoa jurídica alienante (liquida-se urna sem se fundir na outra) ; nem a alienação das bens, ficando a pessoa jurídica alienante com a responsabilidade de solução das dividas; nem a aquisição de todas as ações de outra pessoa jurídica, ou todas menos número insuficiente para a continuação da existência daquela cujas ações foram adquiridas. A fusão e a incorporação causam sucessão universal.

Quando duas sociedades se reúnem numa só, as empresas que a elas correspondem concentram-se. Ou ocorre a absorção ou anexação, porque uma das sociedades absorveu a outra, ou as outras; ou as sociedades existentes desaparecem, porque exsurge nova sociedade (fusão pela criação de nova entidade).

Ali, à sociedade absorvente aumenta-se o ativo; aqui, a sociedade criada recebe os ativos das sociedades extintas.

Seja como fôr, não há fusão se há, pelo menos, duas sociedades que preexistam. Não há fusão se se cria nova sociedade extinguindo-se a que existia.

Por outro lado, nem toda absorção é por fusão. Se a pessoa jurídica A adquire os bens e os títulos da pessoa jurídica B, não há fusão.

Teremos de aprofundar êsses assuntos ao tratarmos, no Direito das Obrigações, das sociedades, principalmente das sociedades por ações. Em todo caso, ainda, a respeito das empresas e dos fundos de empresa, teremos de colhêr algumas noções que nos preparem à discussão e à solução dos problemas, assim teóricos como práticos. Na vida de hoje, com o capitalismo abridor, criador e tomador de mercados, absorção e fusão são fatos frequentes e decorrem da própria espécie de economia. Muitas vêzes tudo se realiza à margem da lei, sem que as leis

protectivas apanhem aqueles atos jurídicos para que formulou sanções.

§ 1.759. Bens móveis e comunhão por herança

1. HERANÇA E LEGADO. Se o bem móvel está compreendido na herança e há dois ou mais herdeiros, há comunhão, até que se proceda a partilha e a algum dos herdeiros toque a propriedade exclusiva do bem móvel. Dá-se o mesmo se o bem móvel pertencia aos cônjuges e tem de ser feita a partilha entre o cônjuge sobrevivente e o herdeiro ou herdeiros do outro cônjuge, premorto. O legado não está sujeito a essa comunização, salvo se ainda se há de proceder à partilha dos bens dos côniuges, a fim de se saber se o legado há de ser considerado segundo o art.

1.678, ou segundo o art. 1.680, ou segundo as regras jurídicas que estatuem sôbre o legado de coisa própria. Os arts.

1.690-1.692 têm problemática, cujo exame nos incumbirá na exposição do Direito das Sucessões.

2. SUCESSÃO UNIVERSAL E PESSOAS JURIUICÂS. A sucessão universal, tratando-se de pessoas jurídicas, corresponde a

modo de aquisição que já se examinou, ou é o ato estatutário (negócio juridico) que rege a sucessão, ou a lei (arts.

22,

r

292

23 e 30>. Tudo se passa à semelhança da sucessio a causa de

morte.

Sempre que, a respeito de sucessão universal entre vivos, não há regra jurídica que estatua sôbre alguma situaçao que também ocorra na sucessão universal a causa de morte, tem-se de invocar a regra jurídica a respeito da sucesão *causa mortis*.

Sôbre a sucessão na posse, veja-se Tomo X, § 1.093, 2, e 1.115, 5.

CAPITULO

XII

PLURALIDADE

DE

PROPRIETÂRJOS

§ 1.760. Condomfnío de bens móveis

1.

CaNDOMINÃO E PROPRIEDADE

EM 1430-COMUM. A propriedade do bem móvel, inclusive dos títulos negociáveis ao portador e endossáveis, pode ser por quotas, ou em mão-

-comum. Presume-se, na dúvida, ser por quotas; e as quotas iguais, segundo o art. 639. No condominio, cada proprietária tem sua quota e a cada um é devida parte dos frutos correlativa à sua quota. Se A, B e C sio danos da máquina de beneficiar algodão, ou outra produto agricola, e a alugam, o aluguer é dividido em partes que correspondam às quotas. Cada um, se a coisa não foi alugada, pode usar livremente da coisa comum, conforme seu destino, reivindicá-la de terceiro e alhear a parte indivisa (art. 623, 1-111). Qualquer dos condôminos pode exigir a divisio da coisa comum <art. 629), se é divisível. A propriedade em comum adquire-se e perde-se como a propriedade exclusiva. Há *partis vindicatio* e a açio negatória de um comuneira contra o outra ou os outros, O que se disse sôbre o condominão de bens imóveis tem cabimento, de regra, a respeito de condominio de bens móveis.

2.COMUNHÃO E MIO-COMUM. Nas sociedades irregulares, na comunhão de bens matrimoniais e na comunhão de herdeiros, aparecem caracteres da comunidade em mão-comum.

A despeita de participarem da propriedade, os comuneiros não o

podem exprimir em quotas, quantitativamente. O

comuneira não pode dispor do que lhe pertence, ainda que os outros assintam. Podem todos dispor de tudo, ou de quotas determinadas.

§ 1.761. Comunhão “pro diviso”

1. EXCEPCIONALIDADE DA ESPÉCIE. E‟ difícil ocorrer comunhão “pra divisa”, em se tratando de bens móveis; não e, porém, impossível. Se A é dono da máquina a e B dono da máquina b, que não trabalham só (máquinas complementares) e A e B adquirem peça comum *c* ou outra máquina e, com que as duas possam trabalhar, há toda a conveniência em que se construa a espécie como de comunhão *pra divisa,* se a produção das duas máquinas é em separado, se bem que nenhuma produção pudesse existir sem a peça e au a máquina e.

2. PATRIMÔNIO EM *COMUM* E FUNDO DE EMPRESA EM COMUM. De regra, a comunhão no patrimônio ou no fundo de empresa é *pra indiviso:* são comuns *pra indiviso* o bem incorpóreo e os bens, corpóreos ou incorpóreas, componentes. *E*‟ possível compor-se a comunhão pro *indiviso* em sendo comum o bem incorpórea envolvente e comuns *pra divisa* os bens componentes (propriedade exclusiva ou de alguns dos comuneiros).

Parte III. Pretensões e ações mobiliárias dominicais

CAPITULO 1

PRETENSÕES E AÇÕES REAIS

§ 1.762. Preliminares

1.

CONCEITOS. No Tomo XIV, §§ 1.567 e 1.568, já se tratou das pretensões e ações reais, das pretensões específicas e das diferentes ações dominicais. O que foi dito, a respeito de bens imóveis, também se há de observar quanto aos bens móveis.

2.

AÇÕEs ESPECIFICAS E AÇÕES PESSOAIS QUE PROTEGEM A PROPRIEDADE. A propósito de bens móveis, os princípios que regem a pretensão e a ação *ad ezhibendum* são invocáveis; bem assim, aqueles em que se funda a preceitação cominatória, a ação de abstenção (Tomo V, § 627) e se o bem móvel é sujeito a registro, ou há registro que estenda a eficácia do direito as que regulam a pretensão e a ação retificatórias do registro público.

§ 1.763. Precisões indispensáveis

1.AÇÕES QUE NASCEM DE PRETENSÕES DOMINICAIS MOR! LIÂRIÂS. As razões que tivemos para versarmos especialmente a matéria da ação declaratória da propriedade imobiliária, da ação de reivindicação, da ação negatória e das ações de indenização, ainda nos assistem no tocante à propriedade mobiliária. Há as mesmas confusões entre as duas primeiras ou entre as três primeiras.

2.BENS MÓVEIS. A aquisição da propriedade mobiliária é mais complexa do que a aquisição da propriedade imobiliária; tal complexidade, inclusive o fato de haver maior número de modos de adquirir, não cria nem altera, no cerne, os princípios que expusemos sabre a tutela jurídica da propriedade imobiliária. A ação do art. 521, que é peculiar aos bens móveis, é ação petitória, porém petitória *da posse,* e não da entrega da coisa como de propriedade do autor. Dela falamos, espaçada-mente, no Tomo X, §§ 1.183 e 1.184, 1.066, 3, e 1.078, 5. Também supomos a leitura do Tomo XIV, §§ 1.569-1.589, para não termos de repetir o que foi dito.

AÇÃO DECLARATÓRIA

§ 1.764. Conceito e pressupostos

1.AçÃo DECLARATÓRIA. A ação declaratória também se pode propor para que se afirme, ou se negue, judicialmente, a existência da relação jurídica de propriedade mobiliária (Tomo XIV, § 1.569) . Não prescreve.

Frequentemente, a declaração da relação jurídica é questão prévia, com carga de eficácia „~“«, ou, até, ****~ Então, a sentença, ainda

que não seja preponderantemente declaratória, o é em quantidade suficiente, de modo que tem eficácia de coisa julgada. Portanto, chega-se, embora por outro caminho, ao mesmo resultado da sentença na ação declaratória.

2.TEMPO E DECLARAÇÃO. A relação jurídica, que se quer declarada, a respeito de algum bem móvel, ou existe, ou já existira, ou ainda vai existir. A propósito da ação declaratória se a relação jurídica é futura, tem-se de atender ao que antes escrevemos (Tomo XIV, § 1.570, 2) no dizer-se que se pode declarar relação futura, há falar elíptico, porém não errado; declara-se o que é presente, tal como, no futuro, produzirá, *inevitavelmente,* a relação jurídica de que se trata. Assim ficou superada a discussão em torno da matéria.

§ 1.765. Direitos incorporados a títulos e direitos documentados

1.DIREITOS INCORPORADOS A TÍTULOS. A declaratória da relação jurídica tem de referir-se, necessariamente, à propriedade da cártula, porque o direito, que se incorporou no título, pertence à pessoa a quem pertence a cártula, de qualquer espécie que seja. O direito é parte integrante do título.

Se o título é representativo, a ação declaratória concerne à existência da relação possessória ou da relação jurídica da propriedade do título. Isso não exclui que se possa propor a ação declaratória para se afirmar ou negar qualquer relação jurídica pessoal que seja entre o que depositou a coisa e o que criou o titulo representativo da coisa depositada.

CAPITULO III

2. DIREITOS DOCUMENTADOS. A propósito dos direitos documentados, o titulo é pertença do direito. Tanto pode haver declaração da relação jurídica de propriedade do título quanto da relação jurídica a que o direito documentado corresponde.

AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO § 1.766. Dominio e “ius possidendi”

1. DOMINIO E OFENSA AO DOMINIO. O proprietário do bem móvel tem o *ins passidendi,* como o do bem imóvel. As ofensas podem consistir a) em ato que o negue, ou b) em ato de esbulho, ou e) em ato que impeça, ou dificulte ou cerceie o exercício das pretensões que

integram o dominio. Donde, respectivamente, a) a ação de abstenção e a declaratória negativa, b) a de reivindicação e a de indenização, e e) a ação negatória.

2. AçÃo DE REIVINDICAÇÃO E INJUSTA POSSE. O conceito de "possuir injustamente" e a interpretação do art. 524 foram expostos no Tomo XIV, § 1.511, 2, e os princípios para a proteção reivindicatória dos proprietários de imóveis são os mesmos.

§ 1.767. Legitimação ativa

1. PROPRIETÁRIO. Legitimado a reivindicar é o proprietário. A dificuldade da prova da propriedade dos bens móveis permite que se dê como prova o que baste para presunção *facti* de propriedade; porém isso de modo nenhum significa que outrem que o que se diz proprietário possa reivindicar. A diferença, conforme adiante frisaremos, entre a alegação e prova, na ação reivindicatória imobiliária e na ação reivindicatória mobiliária, está em que, no direito brasileiro, há a presunção legal oriunda do art. 855, *praesumptia iuris* que Somente pode surgir, em direito mobiliário, se a aquisição do direito de propriedade mobiliária depende, na espécie, do registro, e não há a presunção legal, geral, a respeito de bens móveis.

- Por outro lado, nos casos em que o direito de propriedade dos títulos com direitos incorporados se adquire pela posse de boa fé, não é como possuidor de boa fé que o titular do direito de propriedade os reivindica, mas sim como proprietário. Aí, a prova da posse de boa fé é prova do direito de propriedade, e não prova da posse para efeito de presunção. O possuIdor de boa fé, em se tratando de tais títulos, não se presume dono dos títulos, é, *ipso facto,* dono.

2. PROPRIEDADE EXCLUSIVA E COMUNHÃO. A pretensão reivindicatória compete ao proprietário exclusivo e ao condômino, tanto ao que não tem qualquer posse como quanto ao que possui mediatamente, se está em causa a propriedade da coisa, O próprio possuidor imediato, a quem se nega a propriedade e se pretende não ter posse própria, pode ter ação de reivindicação.

§ 1.768. Legitimação passiva

1. POSSUIDOR, ReU. O autor tem de alegar e provar a posse do demandado. A posse há de ser a posse ao tempo da propositura da ação, mas basta que o réu seja possuidor ao tempo de se proferir a sentença. As matérias concernentes à posse plena, à posse mediata e *à* posse imediata foram tratadas no Tomo XIV, principalmente no §

1.574.

2. POSSE E EXECUÇÃO DO JULGADO REIVINDICATÓRIO.

O *petitum* da reivindicatória é a entrega da coisa, de modo que tem de ser réu quem possa efetuá-la. A ação dirige-se contra o possuidor. Não importa se de boa fé, ou de má fé. Basta que possua no momento do julgado (L. 27, § 1, D., *de rei vindicatione,* 6, 1). Aliás, o julgado é executável contra o que sucedeu, na posse, ao réu, inclusive em caso de transferência de posse imediata. Se, após a sentença, adquiriu o réu, ou outrem, a propriedade, torna-se inexecutável o julgado; todavia, se ainda não prescreveu, há a ação contra o réu, ou a própria execução pelo sub-rogado, em perdas e danos, da coisa.

§ 1.769. Objeto da reivindicação mobiliária

1. BENS MÓVEIS REIVINDICÁVEIS. Segundo o direito comum, Somente bens móveis corpóreos se reivindicavam. Temos, hoje, de admitir a reivindicação do fundo de empresa, de direitos autorais e de direitos de propriedade industrial e comercial.

2. BENS MÓVEIS E DETERMINAÇÃO SUFICIENTE. Para se poder reivindicar é preciso que se saiba o que é que se vindica e tal bem possa ser distinguido dentre outros bens. A caracterização é indispensável, para que o juiz possa executar a sentença sem dar algum bem por outro. Coisas coletivas (arts. 54, II, 56 e 57) podem ser reivindicadas, razão por que se reivindica a herança, a biblioteca que pertenceu a A, ou os bens inventanados que tinham sido alugados. Há certo grau de especialização, que se há de exigir, talvez em quantidade e qualidade. Na L.

1, § 8, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, UtPIANO informou que, pela ação de reivindicação, não só se vindicam as coisas singulares *(singulares res),* mas também, segundo escreveu POMPÕNÃO, o rebanho (sed

posse etiam gregem vindicari); e acrescentou: há de dizer-se o mesmo dos demais animais gregários; porque basta que o rebanho seja nosso, ainda que as cabeças singulares não sejam nossas, uma vez que se vendicará o rebanho, não cada um dos animais.

Na L. 1, § 1, vem referência à reivindicação da herança:

o herdeiro universal vindica toda a herança, ainda que outrem possua uma só coisa; se herdeiro de parte, a parte, ainda que outrem possua toda a herança (cp. art. 1.580, parágrafo uníco) A L. 1, § 8 (cf. L. 2 e 8, pr.; e L. 21, § 1, D., *de exceptiane rei iudicatae, 44,* 1>, foi campo de largas disputas exegéticas (pluralidade de reivindicações, solução inadmissível, porque se supõe, no texto, que os animais, de per si, não sejam do reivindicante; ação do proprietário que o não é, E. PAGENSTECHER, *Die rõmische Lehre vom Eigentum,* III, 71 s. ; o autor alegou e provou ser dono da maioria dos animais, J. UNOER, *Syitem,*

5 a ed., 488 s., e

A. BECHMANN, *Zur Lehre vom Eigentumserwerô durch Accession,* 65 s.).

§4 1.766-1.771. AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

O direito romano pareceu que não ia além da vindicação dos rebanhos; mas lá está, na L. 3, § 1, D., *de rei vindica-*.

tione, 6, 1, a referência aos "armamenta navi", para dizer que esses "singula" eram vindicáveis, e na L. 79, pr., D., *de legatis et fideicommi.ssis,* 32, falou-se de legado de côro: "Si chorus aut familia legetur, perinde est quasi singuli homines legati sint".

O sistema jurídico brasileiro tem decorre dos arts. 54, II, 55-57, 729, § 1.068, 2) e outros textos (art. 1.572; solução própria, que 745, 748 (Tomo X, Tomo X, § 1.188, 4).

3. INDIVIDUALIZAÇÂo DO BEM MÓVEL. O que importa é que se individualize o objeto. Se houve comistão, não se pode reivindicar o que perdeu a qualidade de *res,* pela mistura; porém nem sempre tal perda se dá. Além disso, alegando o réu, na ação, a inseparabilidade, ou a excessividade do dispêndio para se proceder à separação (art.

615, § 1.0), tem de provar a principalidade da coisa (art. 615, § 2.0), reconhecendo, impflcitamente, a dívida de indenização, ou admitir a

compropriedade, de modo que a *reivindicatio* se torna *partis vindicatio.* Simples alteração ou mistura redutível, ou confusão redutível, ou especificação redutível, ou adjunção redutível, é sem influência na relação jurídica de propriedade. Se houve decréscimo, reivindica-se o resto: “Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo” (L. 49, § 1, D., *de rei viredicatiane,* 6, 1). Nos casos em que nada resta, devido àespecificação, ou acessão (adjunção >, ou confusão, ou comístão, cabe a ação de enriquecimento injustificável (CARL KRONRERGER, *Die Ana priiche des Eigentiimers,* 6), ou de ato ilícito por culpa, ou por ofensa ao direito absoluto de propriedade, conforme as espécies e os princípios.

As partes integrantes, inclusive os frutos, de que se adquiriu propriedade (se tornaram *res),* são reivindicáveis. Aqui, o que interessa saber-se, preliminarmente, é se, ao nascer a coisa, já tem de prestá-las o que era dono da coisa-mãe, ou se adquiriu a propriedade outra pessoa. Somente na segunda espécie há reivindicabilidade; na primeira, apenas exsurgiu a pretensão pessoal.

§ 1.770. Alegações e prova

1. ÔNUS DE AFIRMAÇÃO E DE PROVA. O reivindicante tem ônus de alegar e provar que é dono da coisa, ainda que seja presunção a prova a produzir-se. Tal presunção é, de ordinário, presunção *.facti.*

No direito brasileiro, não há a regra jurídica segundo a qual se presume proprietário quem é possuIdor *(aliter,* no direito alemão, § 1.006). O autor há de alegar e provar o dominio, ou estabelecer situação de que se tire a presunção *homini.,* de ter a propriedade. Quanto a imóveis, há a presunção legal do art. 859, que é de invocação frequente nas reivindicatórias; quanto aos móveis, não: todavia, como se não haveria de pré-

-excluir a ação em sendo difícil provar-se o dominio e não sendo de eficácia de coisa julgada, *sempre,* a sentença na ação de reivindicação, o que se expôs no Tomo XIV, § 1.577, a prova de possuir com justo título basta e isso pôs claro MANUEL HAGNA QUARESMA *(Thesauras quatidiartarum resolutianum,* 1, cap. 14). Não é preciso que alegue tempo suficiente para usucapir, o que TEIxEIIIA DE FEXITAS *(Doutrina das Ações,* 38), sem razão, inserira no livro de ComiA TELES, por sua conta. O que se lhe exige é a posse com justo titulo, sendo êsse justo titulo aquele com que se *poderia* usucapir, completando-se o tempo. O tempo só é de mister se não há título justo.

(Mais uma vez frisemos que, no sistema jurídico brasileiro, não se presume proprietário quem é possuidor: quem tem posse com justo título presume-se, *fâcticamente,* ter propriedade. O art. 490, parágrafo Único, não adianta invocar-se porque a boa fé só excepcionalmente é elemento necessário à aquisição da propriedade, conforme vimos, e tal presunção de boa fé só há se há justo título. Portanto, é da existência do justo título que se há de tirar a presunção *lwminis.)*

No direito romano, quem adquiria a *non domino* não obtinha propriedade. A reivindicação cabia: "Ubi rem moam invenão, ibi vindico". No direito medieval alemão, o que adquiria daquele a quem a *mão* do dono entregara a coisa, em comodato, depósito, locação, ou penhor, era como se adquirisse da mio do dono. Se a mão confiou, a outra há de se arrastar com os riscos. Uma das mãos guarda outra: "Hand wahre Hand". A posse tornava-se inatacável, pasto que não tivesse havido a. transmissão da propriedade. A mistura dos dois elementos histéricos só transparece na proteção do terceiro adquirente dos bens móveis, de boa fé (art. 622), que foi concebida à semelhança do princípo romano da usucapião. Noutros sistemas jurídicos foi mais profunda a influência germânica, a ponto de se transformar em perda da propriedade e exclusão da ação possessória contra o adquirente a *non domina,* se de boa fé. Nem o direito civil brasileiro nem o argentino foram até aí.

O Código Civil argentino, art. 2.601, foi explícito: "Para que la tradición transíativa de la posesión haga adquirir el dominão de la cosa que se entrega, debe ser hecha por ei propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que Ia reciba ser capaz de adquirir". O Código Civil brasileiro, art. 622 e parágrafo único, só recebeu o princípio romano quanto aos bens móveis. Diz o art. 622, a parte: "Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a 1~

propriedade".

A distinção que o direito germânico fêz entre coisas extraviadas e coisas abandonadas, isto é, entre coisas perdidas ou furtadas e as outras, atravessou o direito francês, impôs-se, a despeito do art. 622 e seu parágrafo, ao direito civil brasileiro (art. 521 e seu parágrafo), depois de inserta no código Civil francês (art. 2.279, 2.2 alínea, e 2.280) e no Código Civil alemão (§§ 982-935). A coexistência dos arts. 521 e seu parágrafo e do art. 622 e seu parágrafo cria problema de interpretação que merece o máximo cuidado, tanto mais quanto não se passa como em direito civil francês a fusão. O primeiro princípio (A) é o de que o adquirente a *non domina* pode sofrer reivindicação (art. 622, 1.2 parte, *verbis* "Feita por quem não seja proprietário, a

tradição não alheia a propriedade"). O segundo princípio (B) é o de que o título nulo, poi~ que não tem efeitos, não o transfere (art. 622, parágrafo único, *verbis* "não transfere o dominio a tradição quando tiver por título um ato nulo"). Viriam, em seguida, as exceções ao primeiro princípio; mas a) se o terceiro adquiriu à pessoa a que o dono confiara a coisa (comodatário, depositário, locatário, credor pignoratício, ou, em geral, do dono houve a posse direta), a *vindicaçclo da posse* ou *Resitzrechtsklage* do art.

521 está excluída, não a *reivindicatio* segundo os arts. 524 e 622, pois o art. 524 está no título sôbre posse; *b)* o art.

1.272 confirma que há reivindicação contra o que de boa fé adquiriu ao depositário, tanto que, se foi o herdeiro que a alienou e de boa fé, tem de assistir ao depositante na reivindicação (regra, advirta-se, que se há de entender, por analogia, abrangente dos herdeiros dos demais possuidores diretos, cf. art. 486). No sistema do direito brasileiro, a distinção germânica do art. 521 é de direito da posse, dos bens móveis, e não de direito da propriedade mobiliária.

Quanto a essa, regem os arts. 524 e 622.

No direito brasileiro, há o art. 622, parágrafo único, que tira à tradição dos bens móveis o caráter de negócio jurídico abstrato: "Também não transfere o dominio a tradição", diz o art. 622, parágrafo único, "quando tiver por título um ato nulo". Já antes fôra dito (art. 622, 13 parte) : "Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade". Donde: *em se tratando de bens móveis,* a transmissão não é contrato abstrato (= se falta negócio Jurídico, pelo menos anulável, a transmissão não se opera; se anulável, há a incidência do art. 158; cf. art. 964), ao contrário do que se passa com. a transmissão dos imóveis, que é negócio jurídico abstrato (art. 530, 1). A particularidade do nosso direito extrema-o do direito civil alemão (§§ 873, 929, 1.205), no qual a transmissão quer de bens imóveis quer de móveis, é contrato abstrato (= se falta negócio jurídico válido, a transmissão é incólume, mas ter-se-á de recorrer à *condictio,* pela falta de causa), do direito civil suíço, onde exatamente ocorre o contrário do nosso, pois em direito mobiliário a transmissão é abstrata e em direito imobiliário a transmissão é causal (F.

OSTERTAG, Sachenrecht, *Kommentar,* ~v, 1, 32? ed., 70s., 232 e 243 s.; Código Civil suíço, arts. 933, 963 e 965).

No direito brasileiro, a transmissão dos bens móveis é causal; a dos imóveis, abstrata. Feita a transcrição do título de propriedade imobiliária, se nulo ou anulável êsse, primeiro se há de obter a decretação da nulidade ou a anulação do titulo; depois, a repetição (art. 964: condíctio!) ou a restauração do estado anterior, se possível (art. 158). Feita a tradição, ou por outro modo transferida a propriedade mobiliária, ainda se anulável o título, a transmissão opera-se; se nulo, transmissão não há:

ali, decretada a anulação, tem-se de invocar o art. 158; aqui. cabe reivindicar-se (art. 622, parágrafo único). No direito civil francês, "En fait de meubles possession vaut titre" (art. 2.279), principio totalmente estranho ao direito brasileiro. Salvo, por influência germânica, quanto aos títulos cambiários e cambiariformes.

2. TÍTULOS QUE SE ADQUIREM COM A POSSE DE Tratando de títulos que se adquirem com a posse provada está a propriedade se provada foi a posse BOA FÉ. de boa fé, de boa fé.

§ 1.771. Fôrça e eficácia da sentença

1. FÔRÇA SENTENCIAL. A ação reivindicatâria de hoje 4, conforme dissemos no Tomo XIV, § 1.585,-ação executiva. Não foi sempre assim. Ao tempo do procedimento formular, levava, como toda ação patrimonial, à condenação em dinheiro (GAIO, IV, § 41; L. 1, § 1, D., *de rei vindicatiane, 6,* 1; O. LENEL, *Das* Edictum perpetuum, 8.~ ed., 118 e 186). Na época clássica, havia *a candemnatio pecuniaria:* ao demandado satisfazer *in natura,* ou prestar caução de restituir, ou ser condenado a pagar o valor da coisa e prestações acessórias. No direito Justinianeu já se admitiu a condenação a restituir a coisa *in natura.* A L. ~68, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, adotou a solução da condenação a prestação da *res cum amni causa,* em interpolação. Lendo-se a L. 68, que não corresponde ao pensamento de ULPIANO, sabe-se que se introduziu a transferência da posse, *nanu militari,* por ofício do juiz: "si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur" (interpolado).

A respeito dos títulos que se "adquirem" pela transmissão da posse, se tal posse não pode ser vindicada, tal como, no sistema jurídico brasileiro, ocorre aos títulos ao portador, a sentença na ação do art. 521 Somente tem eficácia no que concerne à posse, embora não seja ação possessória: Somente no mundo fáctico (práticamente) é que a eficácia sentencial equivale à eficácia sentencial da ação de

reivindicação.

A respeito dos títulos que se adquirem pala posse de boa fé, quem propõe a ação do art. 521 usa ação em que se vai discutir o que discutido poderia não ser. O art. 521 não cobriria casos que os principios relativos a tais títulos cobrem. A sentença que se profira em ação possessória, em que venha a balha a boa fé, essa, sim, tem, práticamente (zr no mundo láctico), a eficácia que teria a sentença proferida na ação de reivindicação.

Daí a importância de ser sempre presente à mente a distinção entre o regime jurídico dos bens móveis corpóreos comuns, o dos títulos ao portador, o dos títulos cambiários e cambiariformes e o dos bens incorpóreos, de que se há de tratar no Tomo XVI.

Somente os títulos cambiários e cambiariformes devido a razões decorrente da circulação a que se destinam passaram a ser do regime germânico. No sistema jurídico brasileiro, os títulos apenas sofreram influência dêsse regime.

2. BENFEITORIAS. Os arts. 516-519 do Código Civil incidem em se tratando de reivindicação de bens móveis.

Escusado é repetir-se que nem tOdas as despesas são benfeitorias (cf. HANS SIMoN, *Die Geltendmachung des Verwendungsansprucks,* 5). O assunto já foi tratado (Tomos II, § 189, X, § 1.128, XI, § 1.167, e XII, 1.288 e 1.292).

Onde há o conceito de pertinencialidade não há o de benfeitoria (F. W. SCHMIDT, *Der Verwendungsanspruch des Besitzers,* 18) ou despesas na coisa, em sentido técnico. Os suportes de borracha, que o possuidor pôs para que os pés da geladeira não se enferrujassem, não são benfeitorias; nem a limpeza que o uso exigiu, inclusive lubrificação (certa confusão na doutrina alemã, cf. CURT LEDERMANN, *Warin unterscheiden sich die Varschriften des Rutrgerlich.en Gesetzbuches iiber das Recht des Besitzers au.f Ersatz vau Verwendungen* [§ 99.4 fI] *vau den Vorschrif teu des* corpus iuris civilis, 5; H. II. SACUS, mesmo título, 8 s.). Não é benfeitoria o remédio que se comprou para o cão e não chegou a tomar, ou tomou sem pertinência (cp., para o direito alemão, devido ao conceito de "Verwendung", KnL WEIDEMANN, *Verwendung8begrif* 1 *und Verwendungsklage, 5,* e H. H. SACHS, 8). Na definição hodierna de benfeitodas necessárias, está superada a tautologia romana "quae habent in se necessitatem impendendi" (art. 68, § 8.0; FADa!CIUS, *De impensis secundum me Romanum,* 19).

Se há benfeitoria voluptuária (não pertença!), tem o reivindicante ou o vindicante da posse o *iza toilendi* (art. 516).

A construção dêsse *jus toilendi* de modo nenhum pode ser feita, em direito brasileiro, como direito de expropriação ou de apropriação (F. STEINBACH, *Die Anspriiche wegen Verwendungen,* 29; II. H. SACHS, 82) : o pressuposto de poderem ser retiradas as benfeitorias voluptuárias se não há "detrimento da coisa" (art. 516> evidencia que não houve aquisição da propriedade

pelo dono da coisa restituenda.

CAPITULO IV

AÇÃO NEGATÓRIA

§ 1.772. Pretensão e ação negatórias

1.OFENSA SEM RETIRADA DA POSSE. Já dissemos o que se há de entender por pretensão negatória e o em que consistia a *negatoria acUo* (Tomo XIV, § 1.583). Tinha-se e tem-se por fim a *restitutio,* isto é, a reposição no estado anterior à perturbação. Também no que concerne aos bens móveis cabe a ação negatória. Há, como a respeito dos bens imóveis, o pressuposto negativo, que é o de se não tratar de ofensa à posse. O dano à propriedade não é pressuposto.

2.LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA. O que se disse, no tomo XIV, § 1.584, sôbre legitimação ativa e passiva, é também de entender-se quanto à ação negatória em matéria mobiliária.

3.ExEcUçÃo DA SENTENÇA NEGATÓRIA. Os princípios são os mesmos que se invocam em direito imobiliário (Tomo XIV, § 1.586).

§ 1.773. Fundamentos do pedido negatório

1.INCURSÕES. À ação negatória não é preciso que haja dano e é preciso que a ofensa seja ao direito de propriedade, tal que o dono

tenha, exercendo a ação, de negar ao demandado direito ou pretensão à prática do ato ofensivo. A incursão pode consistir em qualquer direito, que se alegue, ou que se exerça, ainda que se exerça sem alegar. No que concerne à propriedade mobiliária, como no tocante à propriedade imobiliária, o direito, que se alega, ou que se exerce, pode ser qualquer direito real, mas a incursão também pode consistir somente em ato que caiba em pretendida limitação ou restrição ao direito de propriedade, fora, portanto, dos direitos reais.

2. OFENSA FUTURA E OFENSA JÁ SOFRIDA. A ofensa que ainda não se sofreu mas provàvelmente (não importa se forte ou fraca a probabilidade > se vai sofrer não basta a fundamentar o pedido negatório. A ação negatória é ação de cominação inclusa na sentença, e não ação de preceito cominatório. Se ainda não houve ofensa, por mais alta que seja a probabilidade de vir a ocorrer, não se pode propor ação negatória, se bem que se possa exercer a pretensão do art. 302, Vil-LI, do Código de Processo Civil. E‟ preciso que se tema repetir-se o que já se deu, ofendendo o direito de propriedade do demandante.

CAPITULO V

PRETENSÕES E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

§ 1.774. Ações de indenização por ato não contrário

a direito

1. LIMITAÇÃO AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. Se há pretensão do proprietário porque a lei limitou o conteúdo do direito de propriedade, a indenização é por ato lícito, e não há pensar-se em apuração de culpa.

2. ATO CONTRÁRIO A DIREITO. As indenizações podem ser fundadas no art. 159 ou noutros textos, que suponham ilicitude do ato (Tomo XIV, § 1.587, 2).

A ação contra o que alienou a coisa móvel alheia, e o sabia, pode ser a de ato ilícito absoluto, ainda que não se tenha caracterizado furto, se bem que até aí fôsse o conceito de *furtum* (E.

LANDSEERG, *Das* furtum *des bOa*

gUlubigeu Resitzers, 199).

3. AçÃo DE INDENIZAÇÃO CONTRA O POSSUiDOR. Sôbre o assunto, Tomo XIV, §§ 1.588 e 1.589.

4. CAUÇÃo DE DANO INFECTO. A caução de dano infecto também pode servir de medida cautelar em caso de imissões contra direito, em se tratando de bens móveis. Se B joga pedras ao quintal de A onde estão animais ou objetos que são partes integrantes ou pertenças da casa, a tutela é à propriedade imobiliária com suas pertenças. Mas, se B as joga contra os cavalos de A, que vêm pela rua, a caução protege, cautelar-mente, a propriedade mobiliária; e o mesmo ocorre se B está a ensaiar música, que é plágio de música de autoria de A. Também aqui se há de distinguir a incursão que é contrária a direito e a que não no é.

5. "Opus". Obra nova não é só a construção, mas todo *facere* (dER. A. HEssE, *Die Rechtsverhiiltnisse zwischen Grundstiic/cnach.barn, 49;* AEBLI, *Cautio damni infecti,* 11) A L. 15, D., *ad ezhibendum,* 10, 4, fala de busca de tesouro; a L. 17, § 2, D., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5, de umidade; a L. 18, de condução de água.

O dano pode ser causado por ato no espaço que corresponde à propriedade alheia, ou por ato em outro espaço. O que é preciso, para se caracterizar a imissão contrária a direito, éque se exceda, no exercício de direito, ou não, o que se poderia fazer em terreno próprio: invade-se com o ato mesmo, ou com os efeitos do ato; há, numa e noutra espécie, ultrapassar de senhoria (CHR. F. HESSE, *fie Reehtsverhãltnisse zwiscken Grundstúcknachbarn,* 2~a ed., 264; J.

WERR, *Das Recht des Eigentiimers zur Vertiefung seines GrundstUeks,* 12)

§ 1775. Posse e propriedade

Parte IV. Perda da propriedade

1. SUPORTE FÁCTICO DA REGRA JURÍDICA QUE DÁ A PRETENSÃO INDENIZATóRIA. A ofensa à posse, causando danos, é fundamento para o pedido de indenização, segundo os princípios expostos no Tomo X. Aí, não se trata de tutela jurídica do direito de propriedade, mas, apenas, de tutela jurídica da posse. Se a ofensa é ao direito à posse, necessàriamente o é ao direito de propriedade, e não à posse, e os princípios são diferentes.

Se a ofensa não é à posse, mas ao direito de propriedade, cabe insistir-se em que os pressupostos da indenização podem ser, entre si, diferentes. Há a indenizabilidade baseada na culpa do ofensor, e há a indenizabilídade ainda sem culpa. Se o Estado tomba algum bem móvel, de valor histórico, daí resultando dano ou. despesas ao dono do bem móvel, exerce pretensão decorrente de limitação ao direito de propriedade, de modo que a indenização é ainda sem culpa. A incursão Somente pode ser sem indenização se a lei a permitiu, no interesse do proprietário, tal como ocorre em se tratando de medidas relativas a pestes de animais.

2. PRESCRIÇÃO. Sôbre prescrição, vejam-se os Tomos XIV, § 1.587, 3, e VI, § 715, 2.

CAPITULO 1

PERDA DA PROPRIEDADE

§ 1.776. Espécies de perda da propriedade

1.AS CAUSAS SEGUNDO O SISTEMA JURÍDICO. A propriedade mobiliária perde-se pela destruição ou perecimento da coisa, pela derrelicção, ou pela extracomercialização, pela fuga ou extravio de animais que retomam a natural liberdade (art. 593, 1) ou perdem o hábito de voltar (arts. 593, II, e 596 >, ou na espécie do art. 598, III, ou pelo fato de arrastar o mar ou o río a coisa móvel, sem que tenha sinal de pertencer a alguém (art. 593, IV), ou pela tradição, ou pela desapropriação ou pelo fato de outrem adquirir a propriedade.

2.TÍTULOS DOCUMENTAIS E TÍTULOS INCORPORANTES. Quanto aos direitos documentados em títulos e quanto aos direitos incorporados em títulos, cumpre que se distinga, a respeito dêsses, *a)* quem adquire a propriedade da cártula adquire o direito (= o direito está incorporado no título), quem perde a propriedade da cártula perde o direito, *e. g.,* quem derrelínque o papel perdeu o direito que se incorporou no título; b) quanto aos títulos à ordem (~

endossáveis), o direito incorporado segue a propriedade do título, todavia há *plus,* que se soma ao suporte fáctico da perda dos títulos ao portador e dos outros bens móveis, que é o endosso (ou a cessão do direito incorporado, JACOBI, em V. EHRENBERG, *Handbueh des gesamten Haudelsrechts* IV, *1,* 351). As aquisições por ocupação, usucapião e outras são raras. Os direitos incorporados em títulos endossados em branco transferem-se ou adquirem-se originariamente como os direitos incorporados a títulos ao portador; e assim se perdem.

3. TÍTULOS NOMINATIVOS. Quanto aos títulos nominativos não-endossáveis, as regras jurídicas sôbre a aquisição e perda, relativas a bens móveis, não incidem a respeito do direito: os direitos, que constam do título, não se adquirem, nem se perdem, porque se adquiriu ou se perdeu a propriedade da cártula; adquirem-se e perdem-se segundo as regras jurídicas que lhes correspondem, abstraindo-se do título. Alguns dêsses documentos hão de ser entregues quando se transmite o direito; outros não precisam da tradição e, com a transmissão do direito documentado, se transmite, automàticamente, a propriedade da cártula: então, não há usucapião nem perda por usucapião por outrem, nem ocupação, nem derrelicção. Quem perde o título nominativo, ou quem o joga pela janela, ou quem o deixa na posse de outrem por tempo que corresponderia ao da usucapião por breve tempo, ou por longo tempo, não deixa de ser titular do direito e dono do título. Outrem, que o apanhe, não lhe adquire a propriedade, porque nêle está sinal permanente, intrínseco, que impede tornar-se *res riulijus,* ou usucapível; e se o achador o levou à autoridade competente, ou ao titular, tem direito à recompensa, mas o Estado não pode vendê-la em hasta pública e receber o restante, findo o prazo do art. 606 (Código de Processo Civil, art. 594, § 2.0). As despesas, que o achador ou o Estado faça, têm de ser havidas por cobrança. amigável ou judicial.

4. DIREITOS DOCUMENTADOS. Quanto aos direitos documentados, perde a propriedade do documento quem perde e direito que se

documenta, porque, aí, o documento é pertença do direito.

§ 1.777. Espécies complexas

1. SUPORTES FÂCTICOS COMPLEXOS. Alguns suportes fácticos de aquisição da propriedade mobiliária são assaz complexos; igualmente, os suportes fácticos de perda do direito de propriedade. Todavia, vimo-lo a respeito da aquisição e ve-lo-emos a respeito da perda, é sempre possível discernir o que prepondera e proceder-se a exata classificação, o que já obtivemos quanto aos modos de adquirir.

2. TÉCNICA LEGISLATIVA. A técnica legislativa nunca separou os modos de perder como fêz no tocante aos modos de adquirir. Talvez devido a *non possumus* com que rematava as tentativas, diante da dificuldade de determinar a todos, sem ambiguidades e equívocos. No Código Civil brasileiro, que procurou, quanto à propriedade imobiliária, tratar em lugares distintos e enumerativamente (arts. 530 e 589-591, aliás com a referência, no art. 589,

"a causas de extinção consideradas neste Código") a aquisição e a perda do direito de propriedade, conglomerou aquisição e perda nos arts. 592-622.

3. REVERSÕES. Veja Tomo XIV, §§ 1.645, 1.647-1.651.

A reversão supõe volta do direito de propriedade a quem dêle, antes, fôra titular. Se há termo ou condição, de modo que, para alguém, acabe o direito de propriedade e, para outrem, renasça, reversão há. Não há reversão se, para alguém, acaba, mas aquele para quem nasce não fôra o proprietário anterior. As reversões, em se tratando de concessões, pode ocorrer, porém mais frequente é que reverta o fundo de empresa ou a universalidade.

A reversão é retorno. Nas doações pode inserir-se o pacto de reversão ou pacto reversivo (art. 1 .074: "O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário") ; bem assim nos outros negócios j uridicos.

Com a *reversão* não se confunde o *resgate,* que resulta de exercício de direito a denúncia, nem com a reversão que advém da *resilição,* em virtude de inadimplemento.

Por vêzes, nos atos de direito público, pelos quais o Estado estabelece que a empresa de serviços ao público, findo o prazo para a exploração, perca, a favor do Estado, todos os bens ou sómente alguns ojue sejam necessários à continuidade dos serviços, a cláusula de reversão caracteriza-se. Porém nada obsta a que, a par da automaticidade, ou da exigibilidade da reversão, se atribua à empresa, que chega ao termo do prazo de exploração, pretensão a certa quantia, ou à indenização. Essa pretensão não se subentende.

O mesmo pode ocorrer entre empresas particulares, quando o fundo de indústria ou parte dêle é atribuído por uma A outra, com a cláusula de reversão, que, então, é mera cláusula de retorno ou de resilição.

Sôbre a explicação da aplicação do termo "reversão", em se tratando de concessões em que o Estado não era dono dos bens, Tomo XIV, § 1.647, 2.

CAPÍTULO II

DERRELICÇÃO

§ 1.778. Conceito de derrelição

1."DERELICTIO". A *derrelicção* ou abandono dos bens móveis (coisas móveis) está prevista no art. 592 quando diz:

"Quem se assenhorear de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei". E o parágrafo único explicou: "Volvem a não ter dono as coisas móveis, quando o seu as abandona, com intenção de renunciá-las". Pleonástico e incorreto; se há

~abandono, há intenção de abandonar; mas abandonar e renunciar não coincidem (cf. art. 589, II e III). Renúncia não é; é abandono. Na L. 2, § 1, D., *de curatore bonis dando,* 42, 7, que foi tirada do Edicto, diz-se que se terá por ocorrido *(rata* = acontecimento, a mais, no mundo jurídico) tudo que foi ato, fato ou gesto (de *gerere)* por aquele, ou aqueles, que foram nomeados curadores (acta facta gestaque sunt). Na L. 58, pr., D., *de verborum significatione,* 50, 16, GAIO enuncia que, "embora pareça que há sutil diferença entre gesto e fato", não se atende a ela, por abuso. Na L. 5, D., *quae in fraudem creditorum fada*

sunt ut restituantur, 42, 8, GAIO, depois do texto de PAULO (L. 4: "Há-se de entender que também comete fraude o que não faz o que deve fazer, isto é, se não usa das servidões"), acrescentou: "mas, por igual, se houver por abandonada a sua coisa, de modo que outrem a faça sua", "sed et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam *faciat"*.

Derrelicção é ato de disposição. Quem não tem poder de dispor não pode derrelinqilir. O relógio que o louco joga na rua, ou a caneta que o menor de dezesseis anos deixou ficar no banco do jardim, propositadamente, não é *res nuilius.*

O devedor em concurso de credores ou falência que atira pela janela coisas da massa concursal não derrelinqfiíu. O

que não é dono da coisa não pode derrelinqilir, porque não pode dispor. Se a vende (o contrato de compra-e-venda é contrato consensual), é devedor, porém n~o transmite a propriedade. Trata-se de negócios jurídicos que não podem ter cumprimento transíativo (são, nesse ponto, ineficazes), salvo se o figurante vem, depois, a adquirir a coisa (art.

622), estando de boa fé o outorgado.

Surge, assim, o problema de se saber se a derrelicção ou abandono é negócio jurídico. Há diferentes opiniões: a) Não é negócio jurídico (L. 5, D., *quae in fraudem creditorum fada sunt ut restituautur,* 42, 8; GAIO, *Comeutário 26 ao Edicto proviiwia~* E. ZITELMANN *(Irrtum und Rechtsgeschãft,* 812).

b) E" negócio jurídico cujo suporte fáctico há de conter declaração de vontade (MnTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, 244).

e) E" negócio jurídico, sem que se lhe exija haver no suporte fáctico *declaração* de vontade, bastando, pois, *manil estação* de vontade não-receptícia, mesmo porque a recepticiedade o transformaria em negócio jurídico que não seria derrelicção. Não há derrelicção onde não houve vontade que se manifestasse. Contém a derrelicção a manifestação de vontade e o ato real, que é o abandono da posse. Ésse, de regra, exprime, pelo mesmo ato, o abandono da propriedade. A manifestação de vontade de abandonar a propriedade pode ser posterior ao abandono da posse, ou, em geral, à perda da posse: declaração ou manifestação de vontade basta, se a posse já estava perdida. A manifestação ou declaração de vontade de abandonar sem o abandono da posse, anterior, simultâneo, ou imediato, seria, em

certos casos, promessa de abandonar, não derrelicção. Certos,.

A. MANIGK *(Willeuserkltirung und Willensgesch.etf 1,* 537 s.), K.

COSACK *(Lekrbuck,* □

6 a ed., li, 178), E.

BRODMANN (em G. PIJANCK, *Kommeutar,* III, 438) e outros.

2. PRESSUPOSTOS DE vALIDADE E DE EFICÁCIA. Para a derrelicção *válida,* é preciso que seja capaz o derrelinquente; há nulidade, se absolutamente incapaz, e anulabilidade, se relativamente incapaz a pessoa e não teve o assentimento do titular do pátrio poder, tutela ou curatela. Se a derrelicção é nula, não transfere a propriedade (art.

622, parágrafo único). Se anulável, a anulação da derrelicção só tem os efeitos do art. 158, o que exclui a reivindicação contra terceiro (arg. ao art. 622 e parágrafo único) . Se o ato foi nulo e o derrelinqílente se tornou capaz, só pode ser *confirmado* (repetição, não ratificação) pois o art. 622, ta parte, supõe o mesmo a respeito da derrelicção pelo não-dono, e o parágrafo único põe no mesmo plano o caso do título nulo, de modo que a □

2 a parte

do art. 622 também há de ser entendida, *mutatis mutandis,* para o caso de nulidade.

Até há pouco, os juristas raciocinavam com a derrelicção como com a ocupação. Uns as consideravam negócios jurídicos, outros não as consideravam negócios jurídicos. Havia certo *a spriori* nessa igualdade de tratamento. Um deles, por exemplo, E. ZITELMANN *(Irrtum und Rechtsgeschaft,* 812), acertava quanto à ocupação, a que negava fôsse negócio jurídico, e errava quanto à derrelicção (318); outros erravam quanto à ocupação e acertavam quanto à derrelicção.

8. ABANDONO DA POSSE E DEBRELICÇÃO. O abandono da posse (art. 520, 1), que é a perda voluntária, supõe, de regra, posse imediata: é ato real (ato-fato jurídico) ; não é negócio jurídico. Se o possuidor mediato quer abandonar a posse, não precisa de manifestação de vontade ao possuidor imediato; nem teria de fazer contrato de remissão quanto à pretensão à entrega da coisa (sem razão, MARTIN WoLn, *Lehrbuch,* III, 244), ou de constituto

possessório~ (art. 520, V>. A derrelicção é outro instituto.

Quem ia passando, a pé ou de automóvel, e jogou à rua, ou em lugar de lixo, o jornal, que trazia, derrelinqiliu-o.

Quem joga a caixa em que havia bonbons, ou já não os havia, pela janela do trem, ou do automóvel, derrelínque.

Todavia, se os soldados se mantêm no campo de manobras, ou de exercício, ou de batalha, não derrelínquem as balas que soem ser apanhadas, nem as peças de que se desembaraçam: o Estado continua proprietário <LANCE, Das Eigentum an aus Wunden entfernten Geschossen, *Deutsehe Juristen-Zeitung,* 19, 1382; BENDIX, Streitfragen aus dem Rriegsrecht, *Juristische Woehenschrift,* 44, 68). A bala ou estilhaço, que ficou no corpo do ferido, é dêle, ainda se o retira; salvo em se tratando de peça que sirva a prova de ação penal pública ou de prova em direito administrativo ou militar. Se o Estado inimigo apanha os estilhaços, balas ou peças de guerra, apropria-se deles como butim de guerra.

A manifestação de derrelicção pode ser posterior à perda da posse. Quem já perdeu a posse da coisa derrelínqile com simples manifestação de vontade.

Tem-se dito que não se pode abandonar a propriedade sem se abandonar a posse; mas o erro ressalta: B pode manifestar que não mais quer ser proprietário do carro que está em suas terras, mas o guarda até que alguém o ocupe. E" possuIdor imediato de coisa *nuilius,* porque só abandonou a posse mediata própria .

A manifestação de vontade que se contém no suporte fáctico da derrelicção é unilateral não-receptícia.

Na derrelicção há ato de disposição. Quem não tem poder de dispor não pode derrelinqúir.

Exemplo de perdimento do direito de propriedade pela aquisição por outrem ter-se-ia no fato de se introduzir em colmeia, que não pertence ao dono do enxame, o enxame. Mas essa colmeia pode ser *res nuilius* e a perda ocorre sem diferença. Não é, portanto, a aquisição por outrem que determina a perda (§ 1.682) . 1-lá derrelicção. A aquisição pelo dono da colmeia é pela confusão. Se o dono do enxame o perseguiu e foi ineficiente o esforço, por ignorar em que colmeia entrara, não há pensar-se em derrelicção: a perda deu-se por evasão do enxame, tornando-se *res nuilius,* ou sendo adquirido pela confusão, mas sem ter antecedido a derrelicção.

4. PODER DE DISPOR E DERRELICÇÂO. O abandono da propriedade da coisa móvel (sôbre imóveis, art. 589, III) supõe que o dono da coisa tenha o poder de dispor. Quem não tem poder de dispor não pode abandonar: o não-dono não pode derrelinqilir, salvo se lhe cabe tal poder, por consentimento do dono, ou em virtude de lei. Se não ocorre um dêsses casos, a derrelicção não se dá: falta elemento para que o suporte fáctico se componha (não é só deficiente, é insuficiente)

o ato real e a manifestação de vontade não bastam à entrada no mundo jurídico. Daí, no direito brasileiro, ser *inexistente,* e não só *nula,* ou *ineficaz.*

Aliás, ou seria inexistente, ou existente mas ineficaz.

O problema técnico é digno de discussão: ou a derrelicção da coisa de outrem, o que supõe posse e abandono da posse, é derrelicção, pôsto que ineficaz, da coisa de outrem, e tal se passa no direito civil alemão <cf. § ~ 2.~ parte) ; ou a derrelição da coisa de outrem, o que supõe posse e abandono da posse, *não* é derrelicção da coisa de outrem, e tal ocorre no direito brasileiro. Se, depois, o dono da coisa consente, não torna *eficaz* a derrelicção que não era eficaz, tal como se daria no direito alemão: derrelínqtie agora, integrando-se, com o seu consentimento, o insuficiente suporte fáctico da derrelicção pelo não-dono.

Se o não-dono que quis derrelinquir o que não era seu adquire, depois, o dominio, o art. 622 (referente à tradição) tem de ser atendido: no seu ato de aquisição está o elemento com que se integra o suporte fáctico da derrelicção. A lei note-se bem: a lei estabeleceu que a eficácia, nos dois casos, é *desde o momento do ato de disposição pelo não-dono* (art. 622, □

2 a parte, *verbis* “operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato”, e a derrelicção há de ser tratada como a tradição; e art. 1.343). E‟ sempre de advertir-se em que o art. 622 e seu parágrafo único sã~ regras de direito das coisas. Se há, por exemplo, contrato de compra e venda de bens móveis e o vendedor não é dono, o contrato *existe, vale,* é, em direito das obrigações, *eficaz;* se bem que, a respeito da transmissão, seja ineficaz. Então, se o vendedor vem a adquirir, o negócio juridito torna-se eficaz. Se tal vendedor, não-dono, fêz tradição da coisa, o contrato existe e vale, mas a tradição não operou a transmissão. *Há* venda ineficaz quanto a transmissão; e tradição, *fato,* ineficaz: transmissão *não luX.* O consentimento do dono integraria o suporte fáctico da transmissão, criando a eficácia de

transmissão que o contrato não tinha. A diferença entre o sistema jurídico brasileiro e o alemão é, pois, *si3mente* no plano do direito das coisas.

õ. NEGOCIO JURÍDICO GRATUITO. A derrelicção é negócio jurídico gratuito. Não há contraprestação, mesmo porque se pré-exclui, conceptualmente, toda bilateralidade. Todavia, se alguém tem interesse no abandono e, contraprestando, ou prometendo contraprestar, leva o dono da coisa a abandoná-la, o negócio jurídico torna-se oneroso (A. X"ON TUHR, *Der AUge-inclue TeU,* III, 151), embora não perca o seu caráter de unilateral.

6. COMUNIZAÇÃO. A comunização pode resultar de ato do Estado, desapropriativo: em vez de estatalizar, em sentido estrito, o Estado comuniza, torna *res communis omuium* o que era de alguém, pessoa física ou pessoa jurídica, ou em condominio de algumas pessoas físicas ou jurídicas. De ordinário, porém, a comunização é resultante de incidência de regra jurídica que, em vez de tornar *nuilius* a coisa derrelicta, a faz de todos. E" o que se passa, por exemplo, com o direito do autor de obra literária, artística ou científica, com a invenção publicada ou usada de público sem se ter requerido a patente de invenção ou a garantia provisória de prioridade. Outrossim, com o direito de propriedade industrial que caiu, se costuma dizer, no dominio comum (ou no dominio público). Dominio público é, aí, dominio de todos, dominio do povo, dominio comum a todos. O bem torna-se *res convmunis omnium.*

Qualquer pessoa, quando isso se dá, pode utilizar-se da criação industrial que fôra patenteada: ao direito exclusivo sobrevém direito de todos. Tetemos ensejo de aprofundar o estudo do assunto, no Tomo XVI.

A coisa derrelicta não se torna *res communis omnium,* coisa comum a todos; torna-se de ninguém, *res nuilius.*

Por vêzes a derrelicção é ato *prometido.* Alguém promete derrelinquir.

~ Bilateralizou-se a derrelicção? Aqui é que está o ponto delicado, a que A. VON TtJHR não deu a atenção devida.

Que algo se fêz bilateral, não há dúvida. Porém tal não ocorreu à derrelicção. E" fácil mostrá-lo. Se B promete x a A para que A derrelínqua o relógio, que (por exemplo) lembra a B fato desagradável e E está sempre com A, ou é casada com A, há negócio jurídico

bilateral entre B e A, em que a prestação prometida por E é x e a prestação prometida por A é a derrelicção. Poderia E ter prometido x para obter o relógio e derrelinqtii-lo, o que perfaria compra-e-venda, com aquisição do relógio por E e posterior derrelicção. Mas E não quis, *ex hypothesi,* adquirir o relógio, nem pagar a A para não o

usar no serviço, entre trabalhar juntos, ou durante o casamento, E manifestou vontade de se livrar de presença molesta, que é a do relógio. Então, prometeu x a A para que ele, aceitando, derrelinquisse. L Houve, aí, bilateralização da derrelicção? De modo nenhum. A derrelicção foi apenas a execução da obrigação de fazer, que A assumiu, O que se contra-prestou foi a derrelicção. Não se fêz bilateral a derrelicção. A derrelicção continuou unilateral, O que foi bilateral foi o negócio jurídico entre B e A. Se A houvesse recebido x e não houvesse derrelinquido o relógio, teria E as ações e exceções oriundas do inadimplemento da obrigação de fazer. Não se pode pensar, sequer, em obrigação de dar.

§ 1.779. Representação e nunciatura

1. REPRESENTAÇÃO. Nada obsta a que se outorgue poder para derrelinquir.

Se o que recebe o poder está de posse da coisa <*e. g., é* locatário), exerce êle o poder outorgado com a manifestação de vontade e o abandono da posse, segundo os princípios que antes foram expostos. Se não está de posse da coisa, pode manifestar a vontade, tocando ao outorgante abandonar a posse, ou, se também êsse não a tem, apenas manifestar a vontade de derrelição (§ 1.774, 8).

2.NÚNCIO E DERRELIÇÃO. O núncio do derrelinquente pode abandonar, ou fazer tradição, como pode perder ou destruir a coisa, ou deixar que outrem dela se aposse. Perde-se a posse pelo ato-fato do representante, que signifique abandono ou tradição, mas também se perde por ato de outrem que não seja representante se tem como servidor da posse o poder fáctico de abandonar ou fazer tradição. O Código Civil falou da aquisição pelo representante, ou procurador (nada precisava dizer quanto ao núncio ou ao órgão da pessoa jurídica), e da aquisição pelo terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. Nada disse quanto à perda da posse. O núncio do remetente, se o remetente ainda não transferiu a posse, está em

situação de quem pode fazer o possuidor perder a posse; aliás, está em situação de fazer o destinatário perdê-la, se o remetente já a transferiu. Se o remetente já transferiu a posse, o núncio tem de proceder comose fOsse o destinatário, inclusive quanto à legitima defesa e à justiça de mão própria: tudo, que àquele se permitiria, a êle se permite (cf., quanto a encomendas postais, PAUL SCHMIDT, *Das Reckt des Empfdngers ciner Postsendung, 66)*. Tais princípios são os mesmos que regem a nunciatura na derrelição .

CAPÍTULO III

AQUISIÇÃO POR OUTREM

§ 1.780. Usucapião e outras aquisições

1.PRINCÍPIOS COMUNS Á PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E À PROPRIEDADE MOBILIÁRIA. Se outrem se faz dono, alguém o deixa de ser, se a coisa não era *nuilius. Duonim in. solidum dominium esse nou posse.* O que se disse, a respeito de imóveis, no Tomo XIV, §§ 1.607 e 1.608, tem aqui o mesmo cabimento. Em todo caso, há particularidades que convém porem-se ao vivo.

2.ESPÉCIES DE PERDA DA PROPRIEDADE MOBILIÁRIA, DERIVADAS DE AQUISIÇÃO POR OUTREM.

No que diz respeito à ocupação, nada interessa ao assunto, porque só se adquire por ocupação o que é *nuilius.*

Apenas, nos arts. 98 e 601, se prevê que alguém adquira por ocupação e perca para outrem, devendo-se interpretar que a perda é em virtude de lei e não em conseqüência de alguém adquirir. Quanto à invenção, somente há aquisição se o dono prefere abandoná-la (art. 604), isto é, derrenqúi-la; de modo que não há aquisição derivativa, mas originária, por ocupação. A invenção é modo de perda, porque há a decretação pelo juiz, seguindo-se a atribuição do remanescente ao Estado (art. 606; Código de Processo Civil, arts. 591-594). A especificação é causa de perda nas espécies dos arts. 611, se a matéria só em parte era do especificador, 612 e § 2? A confusão, a comistão e a adjunção, em todos os casos em que haja dois ou mais donos. A usucapião determina a perda, quer se trate de propriedade imobiliária

quer de propriedade mobiliária. A tradição supõe que alguém dê, perdendo.

O documento nominativo Somente não pode ser adquirido por usucapião, quando o documento é, nêsse, pertença do direito. Se a posse foi da cártula, por se ter cindido a relação entre ela e o direito, portanto tendo deixado de existir a pertinencialidade, então é possível pensar-se em posse *ad usucapionem* da cártula, e não do direito documentado e, pois, também não do documento *e do direito,* porque direito documentado significa direito + cártula documental. Se se trata de título, isto é, de direito incorporado em título, ainda que nominativo, a usucapião pode dar-se; mas é preciso que se distingam: a boa fé não pode estabelecer-se se o nome que consta do título é outro que o do portador; só circunstâncias especialíssimas podem criar situação em que tenha posse própria quem não consta do título como portador. Mais fácil é ocorrer a usucapibilidade em se tratando de título ao portador ou endossado em branco.

Sempre que o direito é parte integrante do documento (incorporação), a usucapião é, em princípio, possível, porque o dono da cártula é titular do direito.

3. DIREITOS FORMATIVOS E PRETENSÃO Á AQUISIÇIO. Se há direito formativo e é exercido, alguém adquire a propriedade mobiliária, que outrem perde. Se há apenas pretensão à aquisição, de natureza obrigacional, ou o obrigado presta a propriedade, ou sofre a execução. Pode dar-se que o juiz tenha de constituir a aquisição, o que é diferente.

4. EXECUÇÃO FORÇADA E PERDA. Com o monopólio da justiça, o Estado retira do patrimônio do devedor a coisa devida, ou o valor que tem de prestar, e dá-se a execução (Tomo XIV, § 1.608, 4>. Tudo se passa, quanto à propriedade mobiliária, como a respeito da propriedade imobiliária; apenas a tradição exerce papel específico.

§ 1.781. Extracomercialização

1.DA PROPRIEDADE. O tornar-se *extra commercium* a coisa, no sentido exato, estrito, de extracomercialidade, é perda da propriedade. Quando, no art. 69, se diz que são coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis, extrapola-se o conceito. Ou a extracomercialidade supõe a inapropriabilidade (a)

por parte de quem quer que seja, inclusive o povo, ou (b) a inapropriabilidade por pessoa privada, ou, a título privado, por pessoa de

direito público, ou (e) a retirada ao tráfico. Perderíamos tempo se analisássemos as diferentes definições encontráveis nos juristas, tanto mais quanto já interpretamos e criticamos o art. 69 (Tomo II, §§ 118, 136, 150, 2,152, 155, 157 e 165, 4)

"Res quae in cuiusquam bonis esse non possunt" seria o conceito mais restrito; alargá-lo-ia o porem-se no rol das coisas extracomércio as coisas pertencentes ao Estado e as demais ilegalmente inalienáveis. Para o assunto de agora, o que importa saber-se é que, se a coisa pertence a alguém, e passa ao Estado, há a aquisição por outrem, que é o Estado, de modo que somente é modo de perda da propriedade a extracomercialização, em sentido estrito (cp. H.

WAPPÀUS, *Zur Lehre von den dem Reohtsverkehr entzogenen Sachen,* 88, 1).

Se a coisa se faz *nuUius,* não há perda do direito de propriedade pelo fato de outrem adquirir. Ninguém adquiriu. A perda por se tornar na *nuilius* a coisa é destitularização, -modo de perder inconfundível com os outros.

Tratando-se de títulos representativos, é possível que alguém (não o depositário, art. 168, IV) adquira a *nou domino (e.* g., ao depositário) a coisa depositada *(e.* 9., a coisa a que referem o conhecimento de depósito e o *warrant)* e corre o tempo para usucapião. A espécie é de difícil ocorrência porque as leis impõem deveres de venda, em caso de mora dos portadores dos títulos representativos. Se a usucapião se dá, o titulo representativo se esvazia.

Também se pode dar usucapião do título representativo, como se se completa o tempo de posse, tendo sido nulo o endosso, ou tendo sido o título endossado em branco.

O

assunto dos títulos representativos será tratado, no que toca ao direito das coisas móveis, no final dêsse Tomo.

Então, teremos ensejo de nos referirmos a títulos cambiariformes. Todavia, a matéria Somente se há de versar exaustivamente quando tivermos de expor o direito de obrigação que se incorpora em tais títulos ou que permite a técnica de requinte conceptual, que é a da

representatividade nos títulos.

2.

ESPECIFICAÇÃO E OBRA INTELECTUAL OU INDUSTRIAL. Se alguém especifica, adquire a espécie nova. Se a espécie nova ~ proibida como criação intelectual ou industrial, cai em extra-comercialidade. Se o criador de livro obsceno o ultima, ou se. chega a ponto em que se manifesta a obscenidade, não adquire o direito autoral que esperava adquirir e perde a propriedade do próprio material.

CAPITULO IV

RENúNCIA

§ 1.782. Bem corpóreo e renúncia

1.PROPRIEDADE MOBILIÁRIA E RENÚNCIA. Não há renúncia à propriedade mobiliária, salvo em se tratando de propriedade intelectual e de propriedade industrial. A renúncia à ação reivindicatória não é renúncia ao direito de propriedade; nem no é a renúncia à herança em que há coisa móvel.

2. EFICÁCIA DA RENÚNCIA À PRETENSÃO À RESTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE DO BEM MOvEL

CORPÓREO. A renúncia à pretensão à restituição da propriedade do bem móvel corpóreo faz nascer *exceção,* não suprime, *ipso jure,* o direito de propriedade. De regra, nela está implícita *brevi manu traditio* (cp. Tn. Rípp, em B -

WINDSCHEID, *Lehrbuch,* II, 10). O direito brasileiro tem, à diferença do alemão, o abandono e a renúncia à propriedade imobiliária.

Quanto ao direito autoral de exploração é renunciável; bem assim a propriedade industrial. São assuntos de que falaremos

oportunamente (Tomo XVI).

No art. 616, referente à confusão, adjunção ou mistura, diz-se que, se qualquer desses fatos se operou de má fé, cabe o direito formativo gerador, à outra parte, para adquirir o resto *(verbis* "guardar o todo"), pagando a porção que não for sua, ou o direito formativo extintivo, pelo qual haja a indenização completa ("renunciar a que lhe pertencer, mediante indenização completa"). Não há renúncia, nem derrelicção; há exercício de direito formativo extintivo.

Paga a indenização, a que se refere o art. 616, extingue-se o direito.

Qual o modo de perda que há ai?

O direito formativo gerador e o extintívo foram criados por lei; não resultam de negócio jurídico. De jeito que só se pode considerar a aquisição como por fôrça de lei e assim também a perda. E‟ verdade que o dono de boa fé Somente perde após a indenização, porém não se pode pensar em negócio jurídico entre especificador e êle.

§ 1.783. Bem incorpóreo e renúncia à propriedade

1. PROPRIEDADE INTELECTUAL. A propriedade intelectual é renunciável. O bem incorpóreo cai no dominio público, como se houvesse chegado o termo da propriedade intelectual (art. 649, §§ 1$ e 2.~), não se torna *res nuilius.*

2.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. À propriedade industrial pode-se renunciar, nos termos do Decreto-lei n.

7.903, de 27 de agôsto de 1945, art. 151, 2.0, isto é, expressamente, mediante documento hábil.

E‟ preciso não se confundir a *caducidade* da propriedade industrial com o abandono. O fato de deixar de usar o bem industrial durante dois anos consecutivos, sem ter havido força maior, é um dos pressupostos da caducidade, não é abandono, no sentido técnico.

CAPÍTULO V

DESAPROPRIAÇÃO

§ 1.784. Propriedade mobiliária e desapropriação

1. CONCEITO DE DESAPROPRIAÇÃO DE BENS MÓVEIS, CoRPÓREOS OU INCORPÓREOS.

Desapropriação é ato de direito público pelo qual o proprietário deixa de o ser. E‟ modo de perda, tanto da propriedade imobiliária quanto da propriedade mobiliária, quer se trate de bem móvel corpóreo quer de bem móvel incorpóreo.

2.

PROPRIEDADE MOBILIARIA E DESAPROPRIAÇÃO . Tudo que dissemos no Tomo XIV, §§ 1.609-1.627, a respeito da desapropriação da propriedade imobiliária é invocável quanto à propriedade mobiliária, *mutatis mutandis.* Também a desapropriação do bem móvel não é modo de adquirir; a aquisição, *após* a desapropriação, é outro fato jurídico. A entidade que desapropria exerce direito formativo extintivo; a proteção constitucional aos proprietários é a mesma (Constituição de 1946, art. 141, § 16, □

1 a parte, *in fine)* . Não há negócio jurídico na

desapropriação, ainda quando haja o “acordo” de que se tratou no Tomo XIV, §§ 1.609, 5, 1.613, 3, 1.617 e 1.619.

Os pressupostos para a desapropriação são os mesmos (Tomo XIV, §§ 1.610-1.617) . A titulariedade do direito de desapropriar é regida pelos mesmos princípios (Tomo XIV, § 1.611) . Pode dar-se o “acordo” <Tomo XIV, § 1.619) Não há qualquer principio constitucional que estabeleça terem de ser os mesmos os casos de desapropriação da

propriedade imobiliária e os casos de desapropriação da propriedade mobiliária; porém os pressupostos definidos em lei têm de caber nos pressupostos apontados pela Constituição de 1946, art. 141, § 16, □

1 a parte. A propósito da

propriedade literária, artística e científica, o art. 660 do Código Civil estatui: "A União e os Estados poderão desapropriar por utilidade pública, mediante indenização prévia, qualquer obra publicada, cujo dono a não quiser reeditar", leia-se: União, Estados-membros e Municípios, porque o interesse pode ser local. E‟ preciso que o requisito *da utilidade pública,* ou *da necessidade pública,* ou *do interesse social,* se verifique. Quanto à propriedade industrial, há o art. 64 do Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agôsto de 1945, com os §§ 1.~ e 2.0, sendo o pressuposto o de exigirem a desapropriação os interesses nacionais. A interpretação de tais interesses não pode sair dos conceitos do art. 141, § 16, □

1 a parte, da Constituição de 1946.

§ 1.785. Processo de desapropriação

1. DECLARAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO E AÇÃO EM JUÍZO. Para que se desaproprie, é preciso que a entidade, titular do direito de desapropriação, exerça êsse direito, O exercício começa com a declaração de desapropriação (Tomo XIV, §§ 1.615, 4, e 617, 9) . Tem, depois, de ser proposta a ação de desapropriação (§ 1.621)

. O procedimento é o mesmo, quer se trate de bem imóvel quer de bem móvel, corpóreo ou incorpóreo.

2. REGISTRO. Somente se exige o registro da sentença desapropriativa nas espécies em que o direito de propriedade do bem móvel, corpóreo ou incorpóreo, dêle depende.

3. SENTENÇA E RECURSOS. A sentença tem a mesma natureza e os recursos são os mesmos.

CAPÍTULO VI

REQUISIÇÕES E INTERVENÇÃO NA ECONOMIA ESTATAL

1.786. Requisição e propriedade mobiliária

1. REQUISIÇÕES EXPROPRIATIVAS. As requisições expropriativas determinam a perda da propriedade mobiliária e não se confundem com a desapropriação (Tomo XIV, § 1.628>. Não são modo de perda: dá-se a perda pelo consumo ou perecimento parcial ou total do bem. Os pressupostos para a requisição são os do art. 141, § 16, 2.ª

parte, da Constituição de 1946. Trata-se de ato de direito público; e de direito público é a indenização. O art. 591, como o art. 141, § 16, 2.ª parte, *limita* o conteúdo do direito de propriedade.

2. PRINCÍPIOS QUE REGEM AS REQUISIÇÕES DE BENS MÓvEIS.

As requisições de bens móveis são reguladas pelos mesmos princípios que regem as requisições de bens imóveis (Tomo XIV, §§ 1.628 e 1.629).

§ 1.787. Responsabilidade e legitimação ativa e passiva

1.

LEGITIMAÇÃO ATIVA À INDENIZAÇÃO. legitimados ativos à indenização são o proprietário, o usufrutuário, o usuário, o credor anticrético, o possuidor mediato ou imediato. O credor pignoratício, em virtude de sub-rogação real, tem direito de garantia sôbre o crédito de indenização.

2.

RESPONSABILIDADE. A responsabilidade da entidade pública que requisitou é independente de toda a culpa (Tomo XIV, § 1.629).

§ 1.788. Incursões estatais

1.

CONSTITUIÇÃO DE 1946. O que se disse no Tomo XIV, §§ 1.680 e

1.681, incide em se tratando de propriedade mobiliária. Os arts. 145, 146 e 141, § 16, dominam a matéria.

2.

INTERVENÇÃO POR LEI. Toda intervenção na economia há de ser baseada em lei. Não se pode intervir com PERECIMENTo *decretos* ou *regulamentos,* nem com *portarias.* Sôbre a intervenção distribucional, que quase toda só se refere a bens objetiva de perda da propriedade

veis, veja o Tomo XIV,

§ 1.631.

§ 1.789. Causa mobiliária

1.BENS MÓVEIS E PERECIMENTO. O perecimento dos bens móveis é extremamente mais freqUente que o dos bens imóveis, de que falamos no Tomo XIV, §§ 1.632-1.684. Trata-se de fato jurídico *stricto sensu.* No mundo físico *stricto sensu* é que se dá o perecimento, ainda que seja humano o ato causador do pereclinento.

Se ocorre a imprestabilidade do bem móvel, o fato físico da imprestabilidade não determina, de si só, a perda por perecimento. Às vêzes, o que, para certa e anterior destinação, se tornou imprestável serve a outra destinação. O

dono é que julga da prestabilidade, podendo guardar os papéis rotos dos embrulhos, as peças da vitrola que não mais funciona, as cascas das frutas e tudo que perdeu a utilidade para o destino que tinha, O ato do dono, pelo qual equipara ao perecimento a imprestabilidade superveniente, é derrelictivo. Não há, rigorosamente, perecimento.

2.

PERECIMENTO PARCIAL. Também a respeito dos bens móveis pode ocorrer perecimento parcial; e há espécie de perecimento parcial que Somente concerne ~os bens móveis: a morte do animal cujo corpo é.

aproveitável. Pereceu o vivo, subsiste o corpóreo não-vivo.

§ 1.790. Mundo fáctico e perecimento

1.PERECIMENTO FÂCTICo. Ainda quando o perecimento seja por ter caído a coisa em lugar onde juridicament e não possa ser objeto de direito (C. CROME, *Sustem,* III, 397 >, o perecimento é fáctico. *E. g., a* do relógio que caiu no alto mar.

2.

COISAS PROIBIDAS OU AMEAÇANTES. Há coisas que se proibem e coisas que, por serem perigosas, são suscetíveis de destruição por mandado do Estado. A destruição é, então, ato do juiz, ou a mando do juiz, ou em estado de necessidade (art. 160, II) Ali, como aqui, a coisa somente perece quando se consuma a destruição.

Teremos de mais de perto versar o assunto a propósito de livros proibidos e escritos proibidos, representações teatrais ou coreográficas proibidas.

No caso de substâncias que, com a especificação, ou a confusão, desaparecem, ainda que tal desaparecimento seja sem inserção na coisa que resultou, não há pensar-se em perda do direito de propriedade por perecimento da coisa móvel, foi a lei que determinou a solução , abstraindo de qualquer alegação ou prova do perecimento. Foi isso o que lhe permitiu tratar em regras jurídicas comuns a acessão, a confusão e a comistão.

O perecimento, passando-se, como se passa, no mundo fáctico, tem a mais, em relação à especificação, à acessão e à cozifusão, o ser eliminação da coisa, como elemento do mundo fáctico. Tal eliminação não se dá na acessão

<adjunção), nem, de regra, na especificação e na confusão.

3.

SENTENÇAS QUE DECAEM PELA DESTRUIÇÃO . Se a sentença manda destruir o que não podia ser objeto de direito de propriedade, o perecimento, em que a execução da sentença importa, só ocorre no mundo fáctico e não entra no mundo jurídico como modo de perder a propriedade. Ninguém era dano do dono, ninguém tinha direito de propriedade sôbre o objeto; de jeito que tudo acontece no mundo fáctico e somente no mundo fáctico, embora em virtude de decisão

judicial. Muito diferente é o que se passa quando se ordena a destruição de alguma coisa de que alguém é dono.

Se a destruição é de coisa apropriável, mas *nuilius, a* perecimento, em virtude de sentença, consuma-se no mundo fáctico e no mundo jurídico, sem se dar, contudo, a perda do direita de propriedade. Ninguém o tinha.

Se a coisa é do dominio comum, todos perdem.

CAPÍTULO VIII

DESTITULARIZAÇÃO

§ 1.791. Evasão e perda da coisa e vetustez do tesouro (perda por destitularização) 1.

DESTITULARIZAÇÃO. Casos há em que a propriedade se destitulariza (= se torna *res nuUius)* sem ato derrelictivo. Não cabem eles nos outros modos de perder, de jeito que havemos de pensar em modo, à parte, de perder. Nem o dono derrelinquiu, nem outrem adquiriu a propriedade, nem a t itularidade foi a todos (dominio comum). Pode dar-se que ninguém haja enterrado o bem móvel ou os bens móveis que compêem o tesouro.

2. EVASÃO DE ANIMAIS. Se o peixe ou outro animal sai das águas dominicais do Estado, em que pertencem a êsse (Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938, art. 4□O), o Estado perde a propriedade deles. Se o peixe sai da piscina ou curral particular, não mais é dono dele quem o tinha preso (§ 1.688).

8.

IMEMORIALIDADE DO TESOURO. Perde a propriedade pela imemorialidade o que depositou o tesouro.

Tal perda há de ser considerada destitularização. Quando alguém encontra o tesouro já de muita não pertence à pessoa que foi o último dono. Pode não ter sido quem escondeu, como se o escondedor foi o

ladrão.

§ 1.792. Comunização e adespotia

1. PRECISÕES DE CONCEITOS. Se o bem móvel, por exemplo a invenção patenteada, ou não patenteada em tempo, passa ao dominio comum, não ocorre destitularização, mas substituição da titularidade de todos à titular idade de um ou de alguns. Destitularização há quando o bem se torna *res nuilius,* ou algum fato acontece que determina a perda da propriedade, sem se cogitar de quem passa a ser dono.

2.PERDA POR AQUISIÇÃO POR OUTREM E PERDA POR DESTITULARIZAÇÃO. Também não se hão de confundir a perda por aquisição por outrem, em que a aquisição por outrem e a permanência da titularidade seriam incompatíveis, e a destitularização que advém de algum fato. As medidas constritivas, principalmente o seqUestro, não atingem o direito de propriedade em sua existência; só o atingem em sua eficácia.

Quando o sequestro é para

se decidir, depois, quanto ao perdi- mento, a cautelaridade é *dirigida à* eficácia sentencial que determine a destruição (perecimento) ou o perdimento do direito de propriedade.

2.CONSTITUIÇÃO DE 1946, ART. 141, § 31, 3ª PARTE. O que se disse no Tomo XIV, § 1.635, é comum ao direito imobiliário e ao direito mobiliário.

3.

PERDIMENTO PENAL FORA DO ART. 141, § 31, 3.~ PARTE, DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. Há outras espécies em que a lei determina a perda do direito de propriedade, ou porque se destrua a coisa, ou porque, sem se destruir a coisa, se retira ao punido a titularidade do direito.

Ao perdimento penal dos bens pode sobrevir destruição, ou não. Se a lei que estabelece o perdimento também ordena que se destrua, tem-se de interpretar que a eficácia da sentença é constitutiva negativa (o

proprietário perde, ao transitar em julgado a sentença, a propriedade) e mandamental, porque se cumpre com a destruição do bem. Mas, aí, ao acontecer a destruição, o bem já não pertence à pessoa condenada ao perdimento.

Se, em vez disso, a lei diz que se destruam os bens móveis que não podiam ser objeto de propriedade, propriedade não havia e a destruição é Somente no mundo fáctico.

Se, em vez do perdimento prévio, ou da destruição do inapropriável, a lei estatui que se destrua *(e. g.,* em virtude de medida preventiva, policial ou profilática) o bem móvel, que pertence a alguém, há perda por perecimento.

§ 1.794. Objeto do perdimento penal

1.

ALCANCE DA PENA. Perde a propriedade o punido, e não outrem. De regra, perde-se o dominio. Todavia, a pena de perdimento pode só atingir o usufruto (suspensão do usufruto paterno como condenação, art. 394).

2. PÓS-DESTINAÇÃO. O perdimento da propriedade é efeito de decisão judicial. Nada tem com a pós-destinação, isto é, a destinação que se dê ao bem após o perdimento pelo titular. Se a lei deu à sentença eficácia *ex tuno* ou Somente *ex nuno,* não importa; se houve pena de perdimento, a sentença é constitutiva *negativa.*

CAPÍTULO X

AÇÕES CONCERNENTES À PERDA PROPRIEDADE MOBILIÁRIA

§ 1.795. Pretensões declaratórias e pretensões constitutivas

1.

PERDA DA PROPRIEDADE MOBILIARIA E PRETENSÕES. Conforme se disse no Tomo XIV, § 1.639, as pretensões concernentes à perda da

propriedade ou são declaratórias ou são constitutivas. Também aqui se pode dar a antinomia do justo e do injusto (§ 1.640)

2. DERRELICÇÃO. A pretensão que pode ter o que derrelinqúíu é a declaratória, admitindo-se que tenha interesse em ser declarado não mais existir a relação jurídica em que fora titular do direito de propriedade. Outros podem ter a pretensão à declaração de ter o titular do direito de propriedade derrelinqúido, ou não, a coisa.

Há, contudo, as ações constitutivas negativas por invalidade, porque a derrelicção é negócio jurídico.

3. AquIsIçÃo POR OUTREM. Também a respeito da aquisição por outrem a pretensão Somente pode ser declaratória, como se disse a propósito da derrelicção.

Ainda assim, se a aquisição por outrem foi em virtude de negócio jurídico, como, em se tratando de títulos cambiários e cambiariformes, se a prova de boa fé se funda em negócio jurídico nulo ou anulável, a decretação da nulidade ou da anulabilidade, uma vez que o adquirente, de que se trata, não é terceiro, retira ao suporte fáctico da perda elemento que o torna insuficiente. Se transmissão não se deu, nem se deu aquisição em virtude de posse de boa fé, perda não houve pelo fato de aquisição por outrem.

4.

RENÚNCIA. A renúncia ou deu ou não se deu; qualquer pretensão, no tocante a êsse ponto, é declaratória.

Todavia, como a renúncia é negócio jurídico, pode haver pretensão constitutiva negativa, por invalidade.

5. DESAPROPRIAÇÃO. A desapropriação é eficácia sentencia!. As pretensões contra a sentença podem exsurgir

<declaração da inexistência da sentença, decretação da nulidade ou rescisão da sentença) 6. REQUISIÇÕES. Se houve, ou não, requisição é matéria de declaração. Se a requisição obedeceu aos princípios constitucionais ou legais apura-se em ações constitutivas. Idem, quanto às outras incursões estatais.

7. DESTITULARIZAÇÃO. A ação declaratória pode ser proposta para se dizer se ainda há (declaratória positiva) ou se não mais há a relação jurídica de dominio.

8. PERECIMENTO. Não se declara que o bem móvel pereceu, ou não pereceu; o que se pode declarar é a existência ou a inexistência da relação jurídica.

A apreciação do fato do perecimento pode ser objeto de justificação ou vistoria, preparatôriamente ou com o caráter de vistoria *ad perpetnarn rei niemoria.m* (cf. Código de Processo Civil, arts. 675, 676, VI, 682-688, 785-738). Aliás, na açao declaratória a questão de fato (perecimento) é questão prévia, com todas as conseqüências para se afastar desde logo, ou não, a questão da declaração da relação jurídica (é, portanto, *quaestio praciudiciajis)*.

9.

PERDA POR ADVENTO DO TÉRMO OU IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO. O que se disse sôbre a perda por advento do termo resolutivo ou da condição resolutiva, a propósito de propriedade imobiliária, no Tomo XIV, §§

1.597 e 1.645, é invocável acêrca de propriedade mobiliária. Supõe-se" que a propriedade do bem móvel se transferiu resolúvelmente , de jeito que, ao advento do termo ou implemento da condição, cessa a titularidade de alguém e outra titularidade nasça, ou apenas aquela cesse. Vamos aos exemplos: a) alienou A a B a máquina, em que há segrêdo de fabricação, com a condição de volver-lhe a propriedade quando B deixe de ter fábrica (ou compre outra); b) alienou A a E os originais de escrito de O, com o termo de, morrendo A, ou morrendo E, ou condição de, mudando-se do Brasil E, serem destruidos: aqui, não é o perecimento que constitui perda do direito de propriedade de B, mas advento do termo ou o implemento da condição.

§ 1.796. Cominações sentenciais e cominações em preceito

1. MEDIDAS COMINADAS. Se o Estado ou alguma pessoa, de direito público ou privado, tem pretensão a que se destrua algum bem, ou a que se lance ao mar, ou a que se consuma, ou por outro modo se deixe de ser proprietário, a cominação pode ser por ação de abstenção cuja sentença comina a destruição, o abandono, ou o consumo, ou a

destitularização, ou em preceito cominatório <Código de Processo Civil, art. 302, XII).

As cominações tanto podem ser pedidas pelos particulares ao Estado, através do juiz, quanto pelo Estado ao seu próprio juiz. Traço distintivo do direito público de hoje é a comparência do Estado, como autor, ou como réu, perante a sua própria justiça, submetendo-se às decisões, como os particulares. A pretensão à destruição da coisa nociva pode ter como titular o particular, ou o Estado; mas, por igual, o sujeito passivo pode ser o próprio Estado. O

direito constitucional é que pode determinar em que matérias e sob quais pressupostos não pode a lei criar pretensões contra o Estado, inclusive em se tratando de pretensão à destruição das coisas nocivas e à abstenção de atos eivados de ilicitude.

Também as medidas cautelares podem ser exercidas contra o Estado, segundo os princípios acima expostos.

Tão-pouco se hão de distinguir o Estado e os particulares, no tocante às cominações sentenciais e às cominações em preceito. Aliás, o mesmo ocorre quanto às ações declaratórias, condenatórias e mandamentais. Somente a respeito das ações executivas se abre exceção ao princípio de igual tratamento.

2. ALTERNATIvIDADE. A cominação pode ser em alternativa: ou faça isso, ou o juiz mandará fazê-lo; pede-se para que mande fazer isso, ou o Estado, por meio de busca e apreensão, tomará posse imediata do bem e mandará fazê-lo. Também pode dar-se que a alternativa não seja só de destruíção, derrelicção, ou destitularização, como se a lei estabelecer: “ou vacine o gado até o dia x, ou será destruído”.

S

5

8

Parte V. Universalidades, empresa e fundo de empresa

§ 1.797. Universalidades de fato e de direito

1. CONCEITOS Já vimos em que sentido se empregam as expressões universalidades de fato, *universitates fctcti* ou *homini.s* e *universitates iurs.* Já vimos que as coisas ou são simples, ou são compostas, no mundo fáctico, mas é o mundo jurídico que distingue as coisas singulares e as coletivas, e que as universalidades já são coesões de direitos, diferenciando-se em universalidades de fato e universalidades de direito por maior ou menor carga de fáctico. Já vimos que o que importa é a destinação econômico-social, que se reflete no direito, mostrando a unitariedade, que há na universalidade, a despeito da pluralidade de elementos componentes. Não há direito real sôbre a empresa, que é universalidade e mais do que isso, e há sôbre o fundo de comércio, ou, em geral, do fundo de empresa. Mas as expressões elípticas concorrem para perplexidades:

a cada passo, diz-se “vendeu a empresa”, por “vendeu o fundo de empresa”, ou “vendeu o patrimônio da empresa” (venda do ativo + transmissão das dívidas). O dominio ou propriedade sôbre o patrimônio seria alusão a dominio ou propriedade sôbre elementos que compõem o patrimônio, tratados unitàriamente (Tomo V, § 595).

2.COISAS COLETIVAS E UNIVERSALIDADES “IURIS”. As coisas coletivas e as universalidades *fac ti* s dependentes da pluralidade de elementos; por isso, desaparecendo todos os individuos menos um, extingue-se a coletividade (art. 55) . As *universitates juris,* não: pode haver universalidade de direito 4 1.795. PATRIMÔNIO E PROPRIEDADE

se Somente há um bem e as dívidas o absorvem. Daí poder-se falar em inventário negativo.

§ 1.798. Patrimônio e propriedade

1.

DIVERGÊNCIAS Ora se diz que o patrimônio é suscetível de ser objeto de direito de propriedade, ora que é suscetível de ser objeto de determinado direito real, ora que não é suscetível de ser objeto de

direito de propriedade, ora que não é suscetível de ser objeto de direito real. Não há dominio do patrimônio, no sentido em que há dominio do bem imóvel, ou do bem móvel corpóreo, mas o patrimônio é tido como bem incorpóreo, transcendente aos bens corpóreos e incorpóreos que o compõem e nesse sentido é suscetível de ser objeto de direito de propriedade, que é correspondente ao de dominio, embora não como corresponde ao direito de dominio a titularidade de qualquer direito sôbre bem incorpóreo (propriedade intelectual, propriedade industrial). Quando se diz que não há direito subjetivo de propriedade ao patrimônio apenas se expressa que o acordo de transmissão e a transmissão da posse não é independente dos pressupostos necessários para a transmissão dos elementos correspondentes, salvo se há regra jurídica como a do art. 1.572.

O titular do patrimônio é titular de direito a que o patrimônio seja tratado como tal (Tomo V, § 596, 5) . Patrimônio é pele.

O assunto de poder o patrimônio ser objeto de dominio, ou não, torna-se árduo, porque não se parte de definição precisa de dominio. A palavra mesma rescende a tempo em que não havia, sequer, propriedade intelectual e propriedade industrial, se bem que já se pensasse na titularidade do direito sôbre o rebanho e outras universalidades de fato. Se damos a dominio o sentido de direito de senhoria sôbre quaisquer objetos, o titular do direito de propriedade intelectual ou do direito de propriedade industrial, como o titular do direito sôbre o patrimônio, tem *dóminium* como o dono da coisa corpórea. Se excluimos o patrimônio como possível objeto do direito de senhor ia, então Somente há dominio em caso de propriedade sôbre bem corpóreo ou de bem intelectual ou industrial. Em verdade, porém, a terminologia aferrou-se ao *dominium* do conceito romano.

2.

DIREITO SÔBRE PATRIMÔNIO. Chegamos ao ponto mais delicado. ~ Qual o direito que tem o titular do direito sôbre o patrimônio? Se não houvesse diferença entre coisa singular e patrimônio, responder-se-ia, fácilmente, que o direito é de dominio: sou dono do fundo de empresa como sou dono do imóvel. Há a diferença; de modo que somente atitude realista (ontologística) permite dizer-se que há dominio do patrimônio: vê o que está sob a pele, abstraindq da pele, que é o patrimomo. Mas se, ao notar-se a diferença, se nega que possa ser objeto de direito o patrimônio, cai-se no excesso oposto; e só nominalismo desabusado se ateria a dicotomia “direito real e direito de crédito”, para reduzir a direito de crédito o direito sôbre o

patrimônio. O direito sôbre o patrimônio é patrimonial, porém tal direito não foi tratado como direito real, salvo *lex speciahs,* e sim como direito pessoal de direito das coisas, possivelmente, devido à publicidade da composição, com eficácia *erga omnes.* E‟ preciso que se não confunda direito das coisas, conceito largo, e direito real, conceito estrito. Quem aliena patrimônio (isto é, quem transfere direito sôbre patrimônio) aliena direito, resultante da incidência de regra jurídica em virtude da qual elementos que compõem o patrimônio hão de ser tratados como unidade, e acorda na transmissão dêsses elementos, segundo as regras jurídicas respectivas.

E‟ preciso ter-se em vista que a diferença entre direitos das coisas e direito real consiste em que os direitos reais são direitos das coisas, se bem que nem todos os direitos das coisas sejam direitos reais. Problema semelhante depara-se-nos no direito à patente de propriedade industrial, já é direito das coisas, mas ainda se discute, *de iure condendo,* se se há de considerar como direito real, correspondente ao dominio das coisas corpóreas.

Essas dificuldades não nos devem perturbar a visão tranquila dos fatos jurídicos e do mundo mesmo do direito; nem entibiar a técnica, ou obscurecer a terminologia científica.

O que importa é que estejamos alertados para que não se tomem as relações jurídicas umas pelas outras e saibamos discernir o que há de comum na titularidade do direito de propriedade dos bens corpóreos, na titularidade do direito de propriedade das universalidades e patrimônios e na titularidade do direito de propriedade intelectual e industrial, e o que há de *distintivo* entre elas, examinadas a fundo.

CAPITULO II

EMPRESA

§ 1.799. Conceito de empresa

1. EMPRESA . Chama-se empresa ou estabelecimento ao exercicio profissional de atividade econômica, que se organize ra a produção ou distribuição de bens ou serviços. De ordinário, quem cria a empresa precisa de complexo de bens, de e possa dispor, ou usar, para atingir

os fins do empreendimento. Somente a natureza e a extensão da empresa podem terminar o que é de mister, como meio, no tocante a bens, e imóveis, corpóreos e incorpóreos e no tocante a pessoas, e prestem serviços.

2.

FUNDO DE EMPRESA . Ao complexo de bens que se tina ao exercício do empreendimento, se comercial, chama-se quando de comércio, termo que se estendeu a qualquer fundo, industrial ou agrícola, com prejuízo para a terminologia cienica. Fundo de empresa diz melhor e mais acertadamente. emprêsa e fundo são dois aspectos, um mais nítido no que suspeita à atividade das pessoas, e outro, no que se refere à passa de bens e serviços, objetivamente. Quando a empresa quire personalidade, algo se passa como se os empreendedos se houvessem fundido em pessoa nova, sem perderem as as personalidades respectivas, mas o complexo de bens e sergos continua como era, aumentável, alienável e perdível. que se impôs, da destinação econômica. A realidade é a mesma (empresa, fundo de empresa), apenas ora se vê como atividade (aspecto dinâmico) ora como todo de bens, corpóreos e incorpóreos (fundo), como meio para a atividade. Algumas vêzes, a palavra empresa aparece como a indicar a pessoa física ou jurídica, que empreende a realização do fim. Por isso mesmo, se, por um lado, a expressão é útil, por outro se presta a ambigüidades . O que mais importa é que, no interpretá-la, só se apanhe alusão a organização para se obter a realização de fim econômico, abstraindo-se de ter, ou não, personalidade. Forremo-nos de importar construções que vêem “institucionalidade” na empresa, resíduo de decênãos passados ao se tentar a ressurreição do corporativismo. Ainda para se resolver o problema da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, é dispensável a medievalização do conceito, ou a reanimação de conceitos medievais ou de séculos anteriores à democratização.

A camada de bens, imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos, que serve à organização destinada a fins não-econômicos ou somente de consumo, é sem dúvida fundo, porém não fundo de empresa, no sentido estrito de que aqui cogitamos. Seria erro, todavia, pormos fora do conceito os fundos agrários e de artesãos, ou dos profissionais de qualquer ramo, se econômica a atividade e econômico o fim, ou qualquer fundo que seja dependente da pessoa física que o tem *(e. g.,* F. FERRAItA *junãor, La Teoria giuridica dell*“*Azienda,* 79 s.). Qualquer referência à personalidade deve ser evitada, porque exatamente, com as expressões empresa e fundo de comércio ou de empresa, se abstraiu da personalização, podendo a empresa corresponder a duas ou mais

pessoas, ou não ser pessoa. Por outro lado, a sucessão da empresa (e do fundo) que antes se cria dependente de alguém apagaria a razão da exceção, que se aventurara. E‟ verdade que o valor econômico, principalmente de clientela, que do nome da pessoa física ou jurídica, inclusive o nome comercial, derive, se insere no fundo da empresa. Mas teremos ensejo de ver que não é o nome que se introduz no fundo de empresa, “coisificando-se”, mas o bem à parte, embora emanado dêle, que se formou. A concepção do direito brasileiro é correta, porque exige que sucessor ou os sucessores obtenham permissão para que o adquirente do fundo possa usar a indicação “sucessor de...”, “sucessores de.. 2‟. regras jurídicas que muito revelam de todo o sistema.

§ 1.800. Cisão conceptual

1.

EMPRESA E FUNDO DE EMPRESA A cisão conceptual aparece acerca de diferentes ramos do direito, como, respectivamente, o direito do trabalho e o direito sôbre propriedade industrial, ou sôbre impostos e taxas. Ali, mais se vê ou só se vê a empresa, sem se considerar que o fundo lhe é o meio necessário; aqui, só a êsse, sem se regular aquela e suas atividades. E‟, em todo caso, digno de observar-se que, se, no fundo de empresa, mais se atende ao objeto de direito, o conceito não obtém a precisão que se lhe nota quando se definem objetos de direito, e no que concerne à empresa a abstração da personalidade permite certa elasticidade, certa fluidez, que cessaria se se empregasse qualquer outra expressão de uso mais frequente na terminologia clássica. Por outro lado, falando-se de empresa, podem-se considerar a atividade de alienação e a de aquisição, independentemente de qualquer referência ao fundo, no que diminui ou cresce.

Já antes versamos problema técnico, relevantíssimo no direito brasileiro, da *incorporação a inventário* (§§ 1.789-1.741). Vimos qual a importância do fato de se estabelecer universalidade, procedendo-se à inventariação O assunto apenas se torna mais premente no que se refere ao fundo de empresa, porque, aqui, de certo modo, o inventário é conseqUente à coesão que entre os elementos do fundo de empresa se criou, em vez de ser expediente para suscitar a coesão, O fundo de empresa vem do mundo fáctico para o jurídico, ao passo que, em muitos casos, é a inventariação, como ato jurídico str *icto sensu,* ligado, quase sempre, a negócio jurídico, que conduz a *universitas.*

(A inventariação é ato jurídico *strieto sensu;* a incorporação a inventário, não.) 2.

SURCIMENTO DO CONCEITO EM SUA PRIMEIRA EXTENSÃO A noção de fundo de empresa, originariamente "fundo de comercio~~ , porque não se haviam caracterizado as situações idênticas na indústria e na agricultura, entrou no mundo jurídico quando se teve de prestar atenção ao que se passava no mundo fáctico, ao ter o comerciante de ceder os elementos que lhe haviam servido a grangear a clientela. Então, teve-se de considerar a *universitas* para se conceber a cessão como alienação de direito de propriedade. Depois, perceberam os comerciantes, os fornecedores e os banqueiros que já era isso o que eles levavam em conta nas operações de crédito.

Viu-se que elementos dispersos se juntaram, com certa interdependência e coesão típica, para a exploração. O direito já era mais sôbre o todo do que sôbre os elementos, alguns dos quais se tornavam meros componentes, ou, até, pertenças de outros elementos, ou partes integrantes deles.

8.

AMBIGUIDADE EVITÁVEL. Se é certo que objetivamente se vê o fundo de Empresa e subjetivamente mais a empresa, certo é também que, ao se falar de empresa mais frequentemente se alude a ativo e passivo que Somente a ativo, ao passo que, ao falar-se de fundo de empresa, mais é de ativo só que se cogita. Daí certa ambigUidade que é evitável e se deve evitar. Quando não se explícita que são ativo e passivo que estão em causa, usando-se da expressão "fundo de empresa~", é só a ativo que se refere o negócio jurídico ou a referência.

§ 1.801. Coisas em direito industrial, lato senso

1.

OBJETO DE DIREITO E COISA. A expressão *res* tinha e tem de refletir a concepção filosófica e a estrutura econômica de cada momento histórico. A distinção entre bens corpóreos e bens incorpóreos longe está de corresponder a categoria de conteúdo em número fixo ou fechado. No próprio direito das coisas, a definição que o reduzia a disciplina dos direitos reais, Somente reputando reais direitos sObre coisas corpóreas, fo i superada e não se poderia re-adaptar à vida econômica de hoje. Enquanto se via haver mais bens do que aqueles

com os quais se pode erguer o direito das coisas, percebeu-se e assentou-se que muitos bens que se não tinham por suscetíveis de interessar ao direito das coisas eram objeto dêle tanto quanto aqueles que se pensou, noutras épocas, exaurissem o objeto dêle.

Por outro lado, as linhas discretivas entre direito civil e direito comercial se foram apagando, até que a Parte Geral do Direito privado não mais tolerou a dicotomia que artificialmente mercê de reminiscências históricas, ligadas a classes se lhe havia impôsto. O próprio critério do valor de uso, que interessaria, especificamente, ao direito civil, e valor de câmbio, de troca, que caracterizaria o direito comercial, ou, respectivamente, riquezas formadas e riqueza *in feri,* acabou por mostrar que só traduzia preponderância de critério. A falta de sistematização unitária do direito privado foi causa de surgirem ramos de direito, correspondentes a necessidades novas, *entre* o direito civil e o direito comercial, ou nas fronteiras deles com o direito público, para os quais não bastavam os meios de dicotomia tradicional (direito do trabalho, direito industrial). Além disso, não se advertiam os juristas de que o valor de troca interessa ao direito, antes de se cogitar da distribuição, da atividade comercial.

2.

AVIAMENTO. Aviamento é a coleção de bens, que, em seu todo fáctico, serve à satisfação da necessidade da produção de bens ou de serviços, no mais largo sentido de produção. A coleção de bens, que faz o aviamento, a despeito da destinação ao fim unitário, ou aos fins convergentes, a ponto de constituir unidade econômica, não consegue livrar-se da amorfia em que o enclausura o ser fáctica a sua~ colagem interior. Não há nOvo bem, não há unidade transcendente; há coligação, resultante de atos e expedientes organizatórios. A complementariedade recíproca dos bens, que enchem o aviamento, cria entre eles relação fáctica, que faz o conceito de aviamento conceito útil no trato da vida.

A organização, a resistência do aviamento a atos e fatos que o diminuam, sem crescimento correspondente em algum ou alguns dos outros bens componentes, e a firmeza, com que se prestigiam a organização aviamental e seus resultados de produção, estabelece a notabilidade, a confiança e a simpatia pelo que resulta, depende ou provém dessa organização. Ésse incremento, subjetivo, mas nascido nas mentes alheias (áltero-subjetividade), se traduz no crédito e oferta de valores, que entram no aviamento, e no crédito e procura por valores que a empresa produz. E‟ a clientela, que se pode considerar

como resultado do aviamento-organização, mas também como outra parte do aviamento, o aviamento-clientela. Assim, o aviamento compreende o aparelhamento (bens, inclusive serviços), o crédito ou reputação da empresa (honestidade, habilidade, jeito, zêlo, não só dos dirigentes como dos que prestam serviços à empresa, boa qualidade dos produtos, prudência e certeza nas deliberações>, a freguesia, que é o conjunto de relações criadas pela organização e criáveis cada dia, com probabilidade estatística -Quando se transfere a empresa, tem-se de atender a que só se transfere o que é objetivo *(e.* g., o crédito que decorre do aviamento) e se conta com que o adquirente ou adquirentes se substituam, psicologicamente , aos alienantes - Cede-se valor que passa a depender, em grande parte, de quem adquire. Se não se cedeu, não pode o adquirente do aviamento ligar a empresa nova à antiga. Teremos ensejo de o estudar a propósito das indicações "sucessor de..." ou "sucessores de.. .

", assunto discutido, e bem, na Câmara Comercial do Tribunal Civil do Distrito Federal, a 4 de outubro de 1898 <J.

X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado,* V, Parte 1, 23). O aviamento não é só bem incorpóreo, porque no aviamento há bens corpóreos e bens incorpóreos; nem se pode considerar que aqueles apenas concretizam (corporificam) a atividade e o talento do empreendedor. Essa atividade e êsse talento, em vez de serem o aviamento, são dois dos elementos do aviamento, a atividade *criadora* de valores e o talento *criador* de valores, elementos que estão na mesma dimensão da criação literária, artística ou científica e da invenção, se bem que não mereça nem tenha obtido, salvo em formas especiais *(e.* g., modelos industriais), tutela jurídica à parte (razão por que são de recusar-se as reduções do aviamento à idéia-fundo, ou à idéia-empresa, como as de H. ISAY, F. CARNELUTTI e MARío CASANOVA, cf. MARIa RoToNDI, *Diritto industriale,* 36 s.; MARIO CASANOVA, *Studii sutia Teoria deWAzienda,* 21) . Há outros elementos no aviamento, ainda no aviamento-clientela, não só casuais (IsiDoRo LA LUMIA, *Trattato di Diritto co>nmerciale,* 225) como fora da atividade e talento do empreendedor. Exatamente, na teoria e na prática, o que se aprecia na empresa ou no fundo de empresa, particularmente no aviamento, é o todo, a compenetração dos elementos, salvo se há interesse excepcional em se isolar algum elemento. Não há, no fundo de empresa ou na empresa, nem, *a fortiori,* no aviamento, ainda quando o alfaiate-cortador A seja alto valor na composição do aviamento, a "individualização" do elemento pessoal que consegue a obra de arte, a obra literária, a obra científica ou a invenção (F. <MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale,* 1, 240) Na criação da empresa, há muito que pensar e campo aberto ao talento e ao gênão, mas a

obra, que fica, tem outros meios de proteção que aqueles de que precisa a criação intelectual (literária, artística ou científica) ou a criação industrial *stricto sensu.*

Um dos argumentos a favor do conceito de aviamento como idéia é o de poder consistir em segrêdo a chave do bom êxito. Mas, aí, o valor seria do segrêdo, e não do aviamento, pois pode não haver na organização e no granjeamento da clientela qualquer segrêdo; e o segrêdo, em si, pode ser bem incorpóreo, suscetível de negociação fora do aviamento. Nem tem qualquer pertinência a ligação da incorporeidade do aviamento à existência nêle eventual de propriedade sôbre bens incorpóreos (literária, artística, científica, industrial) Nem pode colhêr aplauso a sustentação da incorporeidade do aviamento em ser protegido contra difamações e confusões de produtos. A difamação é à empresa, quiçá à pessoa jurídica; a confusão de produtos pode ofender à propriedade industrial, e. g., à insígnia ou à marca, e até ao nome comercial.

3. COMÉRCIO. O conceito de comércio teve de dilatar-se à medida que alguns bens puderam ser, pràticamente, tratados nos negócios jurídicos como objeto mercantil. Não só mercadorias, como também créditos, ações de sociedades por ações, patentes de invenção, serviços e trabalhos de todas as espécies, energia animal, elétrica, atômica, ou qualquer outra, e os imóveis, a despeito do romanismo regressivo (L. 66, *O., de verborub significatione,* 50, 16: “Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet”) do Código Comercial, em seu râncido e obsoleto art. 191.

Mercadorias é o nome que se dá aos objetos da atividade comercial, mas ainda hoje existe senso estrito que revela o tempo em que os objetos do comércio eram apenas coisas corpóreas. E‟ preciso que se raciocine partindo-se da consideração de que tudo isso está superado: o ato de comércio pode-se referir a bem corpóreo como a bem incorpóreo, móvel ou imóvel.

CAPITULO II

FUNDO DE EMPRESA

§ 1.803. Conceito

1.TEORIAS SOBRE O FUNDO DE EMPRESA . Já dissemos que o fundo de empresa se constrói no mundo fáctico, ainda que mediante elementos jurídicos. A primeira questão é a de se saber se a relação fáctica que coliga os bens torna bem independente o fundo de indústria. Responde-se que é *universitas* (Tomo II, § 185), sem que se repute essencial à proteção da empresa, ou do fundo de empresa, que se considere bem único, embora seja útil à construção da tutela jurídica, O que acontece é que, com a organização e o funcionamento, a empresa faz a, *b* e *c,* juntos, valerem mais que a soma deles, como vale mais a máquina de lavar se se têm a água suficiente e a ligação elétrica.

Pràticamente, como universalidade, a empresa pode ser segurada contra danos e é suscetível de usufruto, penhor e locação , de propriedade do bem incorpóreo, e de posse (Tomo X, § 1.068, 2): a reivindicação da *universitas* resulta dos arts. 54, II, e 57, que explicitamente acolheram as categorias jurídicas da coisa coletiva e do patrimônio (Tomo XIV, § 1.575, 1). A objeção de poderem estar no fundo da empresa bens imóveis e bens móveis, inclusive créditos, é insuficiente para destruir os argumentos que se tiram da atitude assumida pelo Código Civil. Aliás, no art. 112, ainda se alude a estabelecimento mercantil, agrícola ou industrial do devedor, o que frisa, senão a complementariedade dos bens do fundo de empresa, pelo menos o instituto em si.

E‟ ineliminável a coesão, a inter-atuação funcional, dos elementos que compõem o fundo de empresa. E‟ *universitas* e pode ser objeto de usufruto, como de compra-e-venda e de outros negócios jurídicos. Se é certo que a eficácia quanto a terceiros depende do que se exige para cada bem que no fundo da empresa se aloja, isso de modo nenhum é argumento contra o tratamento dele como *universitas.* A usucapião do fundo de empresa, sustentam alguns, que é possível, embora possa não ocorrer a usucapião de todos os bens componentes, por estarem alguns sujeitos a prazos mais largos e possa a usucapião de alguns ser em mais breve tempo (G. VALER!, *Manuale di Di* ritto *oommerciale,* II, 16) Tal concepção (diz-se) não deve ser recebida, em geral, por ser sem alcance prático; porém não se deve deixar de admitir usucapião, nem basta invocar-se o art. 46 do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940.

Adiante, § 1.806, 2.

O fundo de empresa pode ser objeto de negócios jurídicos, sem que percam individualidade, e na medida em que a têm, os elementos que o compõem.

A coligação dos elementos que compôem o fundo de empresa não podia deixar de interessar ao direita. A principio, só se prestou atenção à atividade comercial, tanto mais quanta as indústrias e a agricultura, como as atividades profissionais, se exerciam dentro de quadros que não permitiam se desse toda a importância à iniciativa e à atividade dos empreendedores. Começou-se por notar que o fundo de empresa era e é mais do que a soma dos elementos componentes e que a alienação de alguns dêsses o pode comprometer profundamente. Depois, fêz-se sentir a necessidade de n~o se considerar elemento ocasional, transitério, o fato da coesão entre os elementos, e de se pensar em universalidade. Somente o direito francês, infense à concepção de universalidades e de patrimônios e os que o imitaram tiveram de buscar explicações artificiais ao que vinha, inapagável, do mundo Láctica.

A concepção da *universitas juris* foi acolhida como a mais própria, porém já se está, necessàriamente, no mundo jurídico. Daí termos dito que a empresa, como tal, não é patrimônio, no sentido do art. 57 (Tomo II, § 185, 2); mas, desde que tenhamos de considerar a empresa, o fundo de empresa, como objeto de relação jurídica, é como *universitas* que a temos de encarar.

Dai ser sem a relevância que se Lhe tem dado a discussão sôbre se é *universitas facti* ou *un~versitas juris* o fundo de empresa.

2. INSÍGNIA. O nome que se dá à empresa é título do estabelecimento, a insígnia comercial, industrial, ou agrícola. E‟ o dístico: “qualquer insertação que o comerciante (o industrial, o agricultor, o profissional) eoloca no frontespício da sua casa comercial para chamar a atenção do público e distinguir o seu estabelecimento de outros rivais” < □

2 a Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 29 de novembro de 1907 > *R. de D.,* VI, 657-660). O

titulo do estabelecimento ou insígnia nomeia a empresa; não a pessoa: a pessoa tem o seu nome civil, ou comercial, mas é seu. (Confusão grave no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de fevereiro de 1917, *1?.*

dos

7¾, 21, 49 s.) Empresas distintas podem ter o mesmo dístico, se agregadas ou reUnidas .

3. NATUREZA MOBILIÁRIA DO FUNDO DE EMPRESA . Os direitos de propriedade sObre bens corpóreos que não são previstos na lei são direitos sObre *bens móveis.* O fundo de empresa é bem móvel. A analogia com a sucessão aberta (art. 44, III) fá-lo-ia bem imóvel; o que, sem razão, serviu à doutrina francesa, cujo sistema não tem a regra jurídica do art. 44, III, para afirmar a natureza mobiliária do fundo de empresa *(G.* RIPERT, *TraiU álémentaire de Droit commercial,* 2.a ed., 191) *4.* PLURALIDADE DE FUNDOS DE EMPRESA. A mesma pessoa, física ou jurídica, pode ter dois ou mais fundos de empresa, o que de si só bastaria à prova de que não coincidem os conceitos de empresa e de pessoa. Pode haver, além disso, empresa não-personificada. No sistema jurídico brasileiro, a mesma pessoa pode ter diferentes patrimônios, o que afasta qualquer possibilidade de se atender a postulados, em sentido contrário, do direito francês.

No ativo da pessoa jurídica cabem dois ou mais fundos de empresa: pode-se no cômputo de cada ativo mencionar-se o outro ou mencionarem-se os outros fundos de empresa sem se lhe dar valor numérico; e. g., Fundo de empresa de Pôrto Alegre: F; Fundo de empresa do Recife: F".

§ 1.804. Negócios jurídicos e fundo de empresa

1. TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE EMPRESA. O fundo de empresa pode ser transferido. Trata-se de alienação de *univer.sitas.* Se se disse alienar a empresa, ou o fundo de empresa, alienou-se tudo que o constitui, inclusive cederam-se os direitos decorrentes dos contratos, e o adquirente sucede na relação jurídica dos contratos, salvo se têm caráter pessoal. Quem aliena fundo de empresa entende-se alienar o ativo e transferir a passividade, pois raramente lhe seria possível cumprir deveres e as obrigações que exigem a disponibilidade do fundo de empresa. Com o fundo de empresa estava até certo ponto assegurada a solvência do alienante e não se pode interpretar que só se transferiu o ativo, ficando só ao alienante responder pelas dívidas da empresa (cf. arts. 107-109) A sucessão é nas relações jurídicas oriundas dos contratos, desde que foram concluídos para o exercício da atividade fundial, a partir da data em que o outro contraente é notificado da sucessão. Em todo caso, se havia insolvência do alienante, continua êle obrigado pelas dívidas. Não vale a estipulação em contrário.

Tratando-se de direitos de origem não-negocial, tudo se passa à semelhança, devido ao art. 1.078, sendo necessário, para a eficácia a

respeito de terceiros, como em se tratando de créditos de origem negocial, a transcrição no registro de títulos e documentos (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 134, a), 1, 2ª parte). O devedor ou credor não é terceiro; tem de ser notificado.

O adquirente Somente responde pelas dívidas que constam dos livros ou de inventário da empresa. Os princípios concernentes aos livros comerciais são invocáveis por analogia. Todavia, tratando-se de empresa não-comercial, é possível estabelecer-se à parte, no negócio jurídico de transferência, a lista dos débitos e dos créditos, notificando-se os devedores e credores. A cláusula pela qual se limite a responsabilidade ao que consta dos livros ou do inventário é supérflua.

Se no contrato com a empresa há cláusula que pré-exclua a transferência do crédito (art. 1.065, *in une:* ". . .se a caso não se opuser... a convenção com o devedor"), não se dá sucessão nos créditos que de tal contrato nasçam. Idem, se a cláusula é quanto a dividas.

2. CLÁUSULA NO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE EMPRESA. No contrato de transferência pode-se estabelecer que algum crédito, ou dívida, não se transfira. Se não houve notificação, não opera contra o devedor ou o credor. Se foi registrada a transferência e dela não consta a pré-exclusão, entende-se passado ao adquirente o crédito ou a dívida (cf. L. MOSSA, *Traitato dei nuovo Diritto commerciaie,* 1, 862 s.). Se, a respeito de algum negócio jurídico, se estipulou que só se daria a sucessão nos créditos, e não nos débitos, ou vice-versa, é ineficaz a cláusula, para impedir a sucessão; se bem que a cessão do crédito ou a sucessão na dívida se possa reger por seus princípios.

8. NEGÓCIOS JURÍDICOS DE CARÁTER PESSOAL. Têm caráter pessoal os negócios jurídicos qu~ se concluíram por alguma ou algumas qualidades pessoais do transferente, ou devido a amizade e a confiança, ou outro elemento que se possa considerar como ineliminável pressuposto de vontade na determinação da constituição da relação jurídica. E‟ preciso, todavia, que a personalidade do negócio jurídico ressalte do negócio jurídico mesmo, ou de circunstâncias notórias.

Também não há sucessão nos créditos (art. 1.065) ou nas dívidas se a ela obsta a natureza do crédito, ou da dívida, ou a lei.

4. CRÉDITOS E DÉBITOS DE ORIGEM NÃO -NEGOCIAL. Se os créditos e débitos se compreendem no fundo de empresa, a sucessão ocorre. Se não se compreendem, ou foram dêle afastados, a sucessão não ocorre.

5. DÍVIDAS DA EMPRESA. Se as dívidas da empresa se transferiram, ao alienante Somente se extingue a responsabilidade se o credor *consente.* A falta de consentimento não obsta à transferência, obsta à extinção da responsabilidade.

O alienante não é responsável pelos débitos posteriores à transferência e inerentes ao exercício da empresa, salvo se anteriores à eficácia quanto ao credor ou quanto a terceiros.

6. USUFRUTO. O fundo de empresa pode ser objeto de usufruto (Código Civil, art. 714) - E‟ a solução mais acertada, no sistema jurídico brasileiro, ter-se o usufruto de fundo de empresa como usufruto de *universitas,* o fundo de empresa, como complexo unitário, é que é objeto do usufruto. A alienação dos elementos que são destinados à troca, como as mercadorias, entra nas exigências mesmas do funcionamento e continuação existencial do fundo de empresa. O que se há de conservar é a universalidade, para ser restituida. Se algum elemento não é indispensável à conservação da *universitas,* dêle pode dispor o usufrutuário. A teoria que vê no usufruto do fundo de empresa usufruto dos elementos componentes, de um em um, entronca-se em juristas franceses, ainda sobrevivente em alguns juristas, como ISIDORO Lx LUMIA *(Trattato di Diritto commerciaie,* 240) e, antes, MARIO CASANOVA *(Studi sulia Teoria deIi‟Azienda,* 114-132).

O usufruto do fundo de empresa é usufruto de *universit as.* O proprietário tem a nua propriedade sôbre todo o fundo de empresa: ao dar-se a substituição de qualquer elemento, a propriedade apanha o objeto nôvo. No momento de terminar o usufruto, não é preciso qualquer ato do usufrutuário para que o proprietário tenha tido a propriedade plena. Quanto aos atos de disposição, a substituição do elemento é que dá a disposição do que estava, se não era destinado a circular ou a ser substituído; se o era, então há o poder de disposição antes da substituição.

O art. 726 não é invocável; porque se trata o usufruto como usufruto de patrimônio (art. 714, 2.a parte).

A aquisição do bem, em que se dá a substituição real, ou o incremento, é *por fôrça de lei,* na espécie, lei não escrita, mas, por

interpretação, fundada no art. 57. A aquisição é *originária,* o que era dono e perdeu porque, se alguém, que tenha consigo a empresa, sem ser dono, inseriu o bem no fundo de empresa, o incorporante o perdeu, unilateralmente. Se foi dono da empresa quem adquiriu e inseriu no fundo de empresa, a aquisição é conforme o suporte Láctico, e não há resposta a *priori.* Cf. § 1.741.

§ 1.805. Elementos componentes do fundo de empresa

1. ELEMENTOS CORPÓREOS E ELEMENTOS INCORPÓREOS. Os elementos componentes do fundo de empresa ou são corpóreos ou incorpóreos. A distinção não tem grande importância prática e apenas serve à alusão aos elementos incorpóreos que se criam com a atividade mesma da empresa e às propriedades intelectual e industrial.

2. ELEMENTO ESSENCIAL. Discute-se quanto à existência, ou não, de elemento que se possa considerar essencial ao fundo de empresa; noutros termos: se há elemento que, alienando-se os outros e não êle, não se tem por transferido o fundo de empresa; ou, alienado sem o terem sido os outros, se há de considerar transferido o fundo de empresa. Não há resposta *a priori.* Depende do gênero de comércio, indústria ou agricultura. Quem vende a mina de que se tirava a matéria-prima para o produto pode ter alienado o fundo; porém circunstâncias há em que a venda é conveniente para a conservação da clientela e a mantença da empresa. Também o local pode ter importância capital.

3. IMÓVEL, ELEMENTO DO FUNDO DE EMPRESA. Tem-se

entendido que os imóveis não podem ser tidos como fundo de empresa, porque tradicionalmente se pré-excluia do comércio o bem imóvel. Mas essa regra jurídica, hoje obsoleta, se chocaria com a dilatação do conceito de fundo que hoje não é só “de comércio”, e sim de qualquer empresa. Por outro lado, os patrimônios podem ser objeto de negócios jurídicos e o usufruto de patrimônio pode ser de patrimônio em que haja imóvel. No sistema jurídico brasileiro, quem alienou o fundo de empresa ou alienou o fundo de empresa com o imóvel ou com o uso dêle, travando-se questão de interpretação. Não se supõe alienado o fundo de comércio sem o local em que funciona: o

que se há de indagar é se foi alienado o dominio, ou o uso do imóvel. Se houve referência a pagamento de prestação anuaL ou mensal, fora do preço, houve locação; se houve referência o pagamentos de impostos de transmissão, houve alienação; se houve referência a opção de compra-e-venda do imóvel, ou outra, que faça supor-se transmitida a propriedade do imóvel, alienação houve.

4. ELEMENTO EMANADO DO EMPREGO DO NOME CIVIL E DO NOME COMERCIAL. O nome civil e o nome comercial não são elementos componentes do fundo de empresa. O que é elemento componente, incorpóreo, do fundo de empresa é o valor que do nome civil ou comercial resultou para a empresa, como sugestão de crédito e de clientela, O título do estabelecimento ou insígnia, sim; nome de coisa, o direito ao título do estabelecimento ou à insígnia faz-se parte integrante dela. Também aqui tivemos de cuidadosamente nos forrarmos a influências de sistemas jurídicos estrangeiros.

Alguns elementos incorpóreos do fundo de indústria a) obtiveram tutela jurídica especial, permitindo-se o conceito de propriedade de cada um como bem móvel, e *b)* outros apenas por alusão a sua fonte ou *e)* ao próprio fundo de empresa. E‟ o que acontece, respectivamente, com os direitos autorais, concernentes a obras literárias, artísticas e científicas, e a propriedade industrial, com o elemento resultante do emprego do nome comercial (que tem sentido amplo, a despeito do adjetivo “comercial”) e com os interesses que são ofendidos pelo dano à empresa como tal (desvio de clientela)

5. AVIAMENTO. Já nos referimos ao aviamento como a aptidão da empresa a realização do fim a que se destina.

E‟ índice de poder e de eficiência, sem se dever reduzir ao que êle mais é: expectativa de lucros futuros. Quem aliena empresa aliena o aviamento. Quem não aliena o aviamento falta àverdade se permite que o adquirente do resto se diga sucessor. Concorrem para o aviamento: *a)* o aparelhamento, complexo de bens e serviços, inclusive proficiência dos fundadores e dos empregados; b) a freguesia ou clientela; *e)* o crédito ou reputação da empresa.

6. TÍTULO DA EMPRESA OU INSÍGNIA. Título da empresa, ou título do estabelecimento, ou insígnia é o nome de coisa, que tem a empresa *(e.* g., “Hotel Glória”, “Plaza Hotel”) Pode ser emblemática, ou nominativa, como se o dístico é, em vez de “Loja do hão”, apenas a figura de leão em bronze, ou em porcelana, ou em madeira Com o

título da empresa ou o emblema não se assina, porque não se fomeja o dono da empresa; nomeia-se a empresa.

§ 1.806. Aquisição do fundo de empresa

1. AQUISIÇÃO DE ELEMENTOS COMPONENTES E AQUISIÇÃO DO FUNDO DE EMPRESA . A composição ordinária do fundo de empresa é pela combinação de elementos que já pertencem à mesma pessoa, ou dos quais alguns já pertencem à mesma pessoa, ou pela aquisição de todos os elementos por essa pessoa -Pessoa ou pessoas, entenda-se.

2. USUCAPIÃO E FUNDO DE EMPRESA O fundo de empresa pode ser usucapido, embora se trate de *universitas,* objeto de propriedade incorpórea. O que adquiriu *a non domino* o fundo de empresa pode ter adquirido, pela posse, cada um dos elementos corpóreos, que nêle se achem; e pode ter adquirido a *universitas.*

O assunto merece exame detido. O fundo de indústria é coleção; como coleção, tem unidade e trata-se como *universitas.* Se B aliena a C, sem ser dono (dono é A), o fundo de empresa, e transfere-lhe a posse, o óbice à usucapião está em que algum elemento não possa ser usucapido, ou em que, a respeito de algum elemento, a usucapião requeira maior prazo. Certamente, não se podem encurtar prazos, O dono, A, somente pode reivindicar o que ainda não foi usucapido *com a usucapido do fundo de empresa* .

3. TRANSMISSÃO A CAUSA DE MORTE. Com a morte do dono do fundo de indústria, a transmissão é segundo as regras jurídicas de sucessão. Se há dois ou mais herdeiros e não foi previsto em testamento como se partilharia a herança, ou se não foi previsto em partilha feita pelo genitor (art. 1.776) ou no ato constitutivo da empresa (Código Comercial, arts. 308- -310), observa-se o que se estatui na lei processual (Código de Processo Civil, arts. 501-516)

§ 1.807. Propriedade e exploração

1. SEPARAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E EXPLORAÇÃO. De regra, quem explora o fundo de empresa é o dono. Todavia, a separação

algumas vêzes ocorre, como se o fundo é transmitido a herdeiro que não o quer explorar, ou que não o pode explorar *(e. g.,* é absolutamente incapaz), ou se foi constituído entre vivos ou deixado em herança ou legado o usufruto a alguém. Quem explora o fundo de empresa é que se pode considerar comerciante, industrial ou agricultor. Não, o nu-proprietário. Salvo se há sôbre-empresa (empresa de dação de fundo de empresa em usufruto ou locação)

A exploração, pelo usufrutuário ou por outrem, é exploração de bem incorpóreo. Como o valor do fundo de empresa depende de ser explorado e do bom êxito da exploração, o explorador, qualquer que seja o título que tenha, deve explorar o fundo de empresa, como era explorado e como as circunstâncias posteriores determinam que o seja. E‟ o *dever de explora-ração do fundo de empresa.* Um dos elementos dêsse dever é o dever de manter a clientela. Outro, o de conservar e renovar o material e tomar todas as providências que sejam exigidas para a conservação e bom funcionamento dos negócios. Não há, a respeito de fundo de empresa, as distinções, tantas vêzes relevantes, entre despesas de simples conservação e despesas de grande porte.

2. GERÊNCIA LIVRE. O fundo de empresa pode ser gerido por alguém, que seja empregado do proprietário, com certo poder de representação, ou ser gerido livremente, por pessoa que comercia, ou exerce atividade industrial, ou agrícola, por conta própria. O proprietário do fundo de empresa, seja comerciante, industrial, ou agricultor, perde essa qualidade. A exploração do fundo de empresa por outrem que) proprietário ou é por esbulho da posse a êsse *(a),* ou é por usurpação da propriedade *(b),* ou é em gestão de negócios alheios~ (e), ou em virtude de negócio jurídico entre o proprietário e quem explora, por sua conta *(d),* ou como preposto do proprietário *(e)* . Somente nas espécies (e) é *(e),* a qualidade de comerciante, industrial ou agricultor não adere ao explorador do fundo de empresa, sendo de notar-se que a incidência do art. 1.332 ou do art. 1.344 do Código Civil pode criar situação equiparável a *(a)* - As relações jurídicas na espécie *(d)* correspondem a negócios jurídicos diferentes, donde o nome de *gerência livre,* sem precisão técnica, porque Somente se alude

à não-existência de contrato ou de locação de serviços. Na espécie (e), pode ocorrer o que se prevê no art. 1.345 do Código Civil e, então, a relação jurídica desloca-se para as espécies *(d)* e *(e),* combinadas. Às vêzes, há a sociedade em conta de participação.

A gerência livre tem sido a figura empregada para a continuação das

empresas quando o herdeiro não pode ou não quer exercer a atividade específica, ou quando o proprietário, por fato superveniente, não a pode exercer, ou quando a alienação do fundo de empresa foi apenas prometida, ou é objeto de contrato de opção, mas o outorgado desde logo toma conta do fundo de empresa e inicia a atividade específica.

§ 1.808. Alienação do fundo de empresa

1. IMPORTÂNCIA DO FUNDO DE EMPRESA PARA O COMERCIANTE, O INDUSTRIAL OU O

AGRICULTOR. Quando se aliena o fundo de empresa aliena-se ativo. Se a alienação é rápida, os credores podem ser prejudicados. Daí o uso da publicação, tanto mais quanto há a ameaça das ações de revogação, com base na lei de falências (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53-58 e 99), ou das ações anulatórias por fraude contra credores (Código Civil, arts. 106-118), ou a declaratória de ineficácia segundo o art. 52 do Decreto-lei n. 7.661. Na legislação brasileira não há regra jurídica especial de proteção ao adquirente que se enganou quanto ao valor do fundo de empresa, de modo que Somente há a ação redibitória ou *quanti minoris* concernente ao fundo de empresa e as ações redibitórias ou *quanti minoris* doncernentes aos bens componentes do fundo de empresa, se foram estimados individualmente.

2. ATO JURÍDICO DE ALIENAÇÃO. Qualquer que seja o negócio jurídico de que resulte a alienação do fundo de empresa, sendo êle fundo de comércio, é *ato de comércio,* devido ao objeto mesmo do contrato.

Porque o fundo de empresa é propriedade mobiliária, as regras jurídicas sôbre capacidade são as concernentes à alienação dos bens móveis, observando-se, porém, quanto ao adquirente, as regras jurídicas sôbre capacidade para comerciar.

O consentimento ou o assentimento do cônjuge Somente não *é* necessário se foi atendida na transferência do imóvel a exigência específica, ou houve personificação da sociedade de que faz parte a pessoa casada.

No tocante aos *vícios de consentimento,* não há regras jurídicas especiais.

Quais sejam os elementos do fundo de empresa, objeto do negócio jurídico, di-lo o texto dêsse ou se apontam por interpretação, que não pode reduzir a nada ou a elemento sem significação a alienação que se mencionou como alienação de fundo de empresa.

O preço pode ser em dinheiro, à vista ou a prazo, ou consistir em participação nos lucros, se não se configura sociedade em conta de participação. Nada obsta que haja pluralidade e discriminação de preços (e. g -, um, para os bens incorpóreos, outro, para o material, outro, para as mercadorias) . Pode-se combinar o negócio jurídico de alienação e o contrato de constituição de renda.

Se houve *simulação ,* regem os arts. 102, 104 e 105.

3. FORMA DO NEGÓCIO JURÍDICO. Trata-se de contrato consensual, no qual se hão de observar os arts. 121-128, 125- -139 do Código Comercial, com as alterações da legislação posterior, conforme se expôs no Tomo III, §§

327, 829 e 851. Não se exige forma especial, mas há de ser atendida a *lez specialis* sôbre alguns bens, *e. g.,* imóveis.

4. RECOMENDAÇÕES. E‟ recomendável que se insiram no negócio jurídico o nome do alienante precedente, se o houve, o preço, com a discriminação dos elementos, e a decomposição do preço, se é o caso, o estado dos direitos de propriedade intelectual e industrial, o montante das operações nos últimos anos, os lucros obtidos antes e o nome do locador, se o prédio não é próprio, ou se não foi incluído na alienação.

§ 1.809. Pré-contrato e promessa unilateral de contratar a alienação do fundo de empresa 1. PROMESSA DE CONTRATO. Em vez de vender ou por outro contrato prometer alienação, pode o dono do fundo de empresa apenas prometer contratar. A promessa pode ser unilateral ou bilateral. A obrigação decorrente é de contratar. No Tomo XIII, § 1.482, 2, frisamos o que há de artificial no pré-contrato de compra-e-venda se não há razão circunstancial para a sua conclusão. A forma do pré-contrato é segundo os princípios gerais (princípio da independência formal do pré-contrato).

2. CONTRATO DE OPÇÃO. Em vez de concluírem pré-contrato para alienação do fundo de empresa, podem os interessados preferir o

contrato de opção, de modo que, em lugar da pretensão ao contrato, se estabeleça, a favor do outorgado, direito formativo gerador.

§ 1.810. Credores do alienante e credores quirografários

1. CREDORES PRIVILEGIADOS. Os credores privilegiados têm a proteção que deriva de poderem executar a despeito da alienação. Os credores quirografários, êsses, têm as medidas cautelares, as ações fundadas nos arts. 58-58 e 99 do Decreto--lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 (revocatória falencial), 52 do mesmo Decreto-lei n. 7.661

(declaratória de ineficácia) e a anulatória dos arts. 106-113 do Código Civil.

2.

CONSENTIMENTO PARA A TRANSMISSÃO DO PASSIVO. Se o alienante quer que se transfira o passivo, liberando-se, precisa do consentimento dos credores, segundo os princípios que já foram expostos.

8. RE-ALIENAÇÃO DO FUNDO DE EMPRÉSA. Se o adquirente do fundo de empresa o re-aliena, tudo se passa como se previra para a alienação. Todavia, o credor que não consentiu na substituição do devedor conserva direito, pretensão e ação contra o primeiro alienante e os credores que consentiram, bem como aqueles, contra o segundo alienante, se não consentiram na substituição do segundo alienante pelo segundo adquirente.

§ 1.811. Deveres e obrigações do alienante

1. DEVERES E OBRIGAÇÕES EM GERAL. O alienante tem o dever de prestar o fundo de empresa, na medida em que o prometeu, e responde pela evicção e os vícios redibitórios. Também lhe corre o dever de não perturbar o outorgado no exercício dos direitos que lhe transmitiu, inclusive quanto à clientela. Todavia, a alienação não permite, por si só, que o adquirente acrescente *à* firma, individual ou social, a indicação “sucessor de . . .“. Tal cláusula tem de ser expressa.

Não pode o alienante da clientela reestabelecer-se em situação tal que possa tirar ao outorgado parte ou toda a clientela que lhe cedera (= que possa conservar, no todo ou em parte, a clientela alienada) . E‟ êsse um dos atos a que se refere o art. 178, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agôsto de 1945: “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal não previstos neste artigo, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio”.

2. CLÁUSULA DE NÃO-RESTABELECIMENTO IGUAL. A cláusula de não-restabelecimento igual é de inserção útil, principalmente se com ela se precisa até onde se considera restabelecimento igual a abertura de outra empresa, ou a constituição de outro fundo de empresa para a mesma empresa que o alienou. (Deve-se evitar a referência à cláusula de não -restabelecimento sem se acrescentar adjetivo, “igual”, “concorrente”, “do mesmo gênero”, embora seja de subentender-se; porque pode o sucessor ter interesse em que nas proximidades não haja o mesmo nome comercial, ou o mesmo título de estabelecimento ou insígnia, ainda que referente a empresa de outro gênero, devido a confusão, que tiraria clientela sem granjeá-la.)

§ 1.812. Extinção do fundo de empresa

1. CAUSAS DE EXTINÇÃO. O fundo de empresa extingue-se: a) se desaparecem todos os elementos que o compunham, sem que se restabeleçam, ou alguns desaparecem e os restantes não mais ficam em coesão; *b)* se a clientela se afasta e se perde definitivamente, como se a cidade foi destruída, ou se o pôrto de mar, a que serviu, foi destruído; e) se foi fechada a empresa, por ato voluntário, ou em virtude de Cumprimento de lei; 4) por ato ilícito que dê ensejo apenas à indenização.

2. RECOMPOSIÇÃO . Sempre que se substituem os elementos componentes do fundo, ou se recebe indenização que deva ser aplicada na substituição de elementos, tem-se o fundo de empresa como subsistente. Dá-se sub-rogação real.

A sub-rogação também pode ocorrer quanto a elemento ou quanto a elementos componentes do fundo de empresa, sem se refletir na universalidade.

Todas as relações jurídicas, todos os negócios jurídicos, em que o fundo de empresa aparece como objeto, hão de ser vistos como relações jurídicas, ou como negócios jurídicos, que têm por objeto universalidade: a discussão sôbre se o objeto é uno, ou coletivo, é falsa questão, porque exatamente o conceito de *universitas* contém os dois, o de unidade e o de pluralidade. Certo, a *unirersitas* não é bem sem componentes "bens~~: os seus elementos são "bens", e não partes integrantes. Por isso, não se pode pensar em unicidade de componentes, se bem que se tenha de atender à unidade da *universitas.*

Toda *universitas* é uno-múltiplo; mas é. A sub-rogação real interior faz-se como a substituição das células dos organismos biológicos: a unidade exterior, o próprio sistema de interações e as finalidades permanecem.

A unidade da *universitas* resulta de recebê-la, do mundo fáctico, o mundo jurídico. Mas, enquanto a *universitas facti* naquele se faz e só dêle depende, de modo que ao mundo jurídico fica recebê-la, ou não, a *unive~sitas juris* é recebida em seus elementos possíveis, de modo que o mundo jurídico preestabelece o que há de encher o suporte fáctico. Há, assim, necessâriamente, regra jurídica a que corresponde êsse suporte fáctico.

Para obviarmos aos inconvenientes dessas obscuridades do próprio mundo do pensamento humano, particularmente do mundo jurídico, de onde não podemos afastar o que a realidade da vida colocou, o caminho mais seguro é o de atermo

nos às regras jurídicas escritas e às regras jurídicas reveláveís. Assim, teremos explicitado o sistema jurídico e as relações jurídicas, sem estacarmos diante de entidades hostis a conceituação corriqueira.

Tal método alcança as finalidades teóricas e práticas da exposição sem sacrifício da sistemática e da terminologia assente.

Se os resultados da exposição satisfazem, no que entende com a teoria e a prática, escusadas seriam discussões, mais ou menos acadêmicas, que se interpusessem.

CAPITULO IV

MERCADORIAS

§ 1813. Conceitos de mercadoria, gêneros e fazendas

1.MERCADORIA, MERCANCIA. O conceito de “direito comercial” ou “direito mercantil”, como o de mercadoria e o de mercancia, correspondeu a momento histórico, que passou, sem que os juristas estivessem à altura de adaptar o sistema jurídico às novas circunstâncias da vida - Por vêzes, foi o próprio sistema jurídico que a elas se ajustou, a despeito dos juristas

e dos legisladores. Aqueles, ao verem emergirem o direito industrial e o direito do trabalho, não tiraram a conclusão de que era o direito privado que se ia completando, apagada a dicotomia “direito civil direito comercial”, de jeito que cogitar-se de disciplinas à parte (direito industrial, direito do trabalho) seria cometer-se o mesmo erro de se persistir na defesa de direito comercial independente.

A expressão “mercadoria” que se empregou, estritamente, no sentido de bem, corpóreo ou incorpóreo, com que se comercia (= mercancia), Somente se referia a bem que pode entrar na circulação comercial <Código Comercial, arts.

200, 201, 219, 446, 816, 874, etc.), ou em sentido, estritíssimo, de bem comercial que não fôsse dinheiro, papéis de crédito, efeitos e valores (Código Comercial, art. 10, IV, 83, 273, etc.) : há de ser recebida, hoje, no sentido de qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, inclusive moeda, papel-moeda, títulos de crédito, créditos documentados, propriedade intelectual e propriedade industrial, que possa ser alienado como elemento de circulação comercial, portanto desde a produção (indústria, agricultura)

2. GÊNEROS. Os produtos que podem ser considerados mercadorias são os *gêneros,* que saem do produtor e podem ser objeto de comércio. Não importa se o produtor é industrial ou agricultor (cf. Código Comercial, arts. 87, 88, 89, 100, 1, 104, 107, 109, 111, 208, 208, 211, etc.)

3. FAZENDAS. Na circulação dos bens, dizem-se *fazendas* (Código Comercial, arts. 70, 72 e 88, 5.0) as coisas que se carregam para fim de comércio, mas excluidos a moeda, as jóias, ouro e prata, pérolas e pedras preciosas, ou munições de guerra (Código Comercial, art. 672:

"A designação geral *fazendas* não compreende moeda de qualidade alguma, nem jóias, ouro ou prata, pérolas ou pedras preciosas, nem munições de guerra; em seguros desta natureza é necessário que se declare a espécie de objeto sôbre que recai o seguro")

§ 1.814. Outros conceitos

1. EFEITOS DE COMÉRCIO. A referência a efeitos de comércio é freqUente na lei comercial (Código Comercial, arts. 70, 88, 2.0, 91, 92, 96, 97, 105, 108, 118, 170, 171, 172, 173, 189, etc.) - A francesia ressalta e já não se emprega, salva excepcionalmente, na técnica legislativa.

2. CEREAIS. No uso do comércio, o conceito de cereais dilatou-se; já hoje se têm como cereais: alpiste, arroz, aveia, cevada; milho miúdo ou painço, milho comum e seus derivados *(e.* g., canjica, fubá, farelo), trigo, farelo, rolão e centeio; feijão, favas, ervilhas, tremoços e semelhantes; farinha de mandioca, polvilho e tapioca, amendoim (Ofício do Centro Comercial de Cereais ao Síndico da Junta dos Corretores de Mercadorias do Rio de Janeiro, a 18

de maio de 1912, *Relatório,* 58)..

§ 1.815. Designação das mercadorias

1. DESIGNAÇÃO E uso no TRÁFICO. As mercadorias designam-se pela *denominação* que recebem nos usos do tráfico (Código Comercial, art. 201: ". . . qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio"; Lei n. 1.102, de 21 de novembro. de 1908, art. 15: ..... mercadorias em depósito, designadas pelos nomes mais usados no comércio")

. Tais nomes são uni

versais: sêda, couro, chapéu, milho, arroz. Para que se especializem, tomam *sinais distintivos* (Código Comercial, art. 207, 1), *verbis* "quando não é objeto determinado por marcas ou sinais distintivos que a diferenciem entro outras da mesma natureza e espécie, com as quais pos>< au *ar* se confundida"), pelas indicações de proveniência (Decretolei n. 7.903, de 27 de agôsto de 1945, art. 8.0, *e),* pela marca de indústria e de comércio (Decreto-lei n. 7.903 art. 3.~, *b),* pela côr,

pela embalagem, pelo ano de colheita, pelos anos de idade e por outras indicações. A embalagem, por sua segurança ou por sua beleza, ou por sua comodidade, é elemento de especialização e de êxito. O mesmo produto pode ser em frasco, ou em lata; ou em garrafa de vidro ou de cerâmica. São estabelecíveis por lei, ou por acordo, embalagens uniformes, tal como se obteve, desde 26 de novembro de 1886, na Associação Comercial de Santos *(Relatório da Associacão Comercial de Santos,* de 1887, 10 s., 75 s.) e pelo convênio de 7 de agôsto de 1890

(Relatório de 1891, 20 s.), e pelas deliberações de 24 de maio de 1907 *(Relatório* de 1909, 9 s.) e de 28 de abril de 1913 *(Relatório* de 1914, 7 e 11 s.)

2. TABELAS DAS MERCADORIAS. A designação das mercadorias é um dos elementos para se fazerem as tabelas de mercadorias de que usam os corretores de mercadorias e as bôlsas. Outros elementos são o *tipo,* a *qualidade* e a *unidade* para os negócios jurídicos (peso e medida) - A Lei n. 5.595, de *6* de dezembro de 1928, art.

82, permitiu ao Poder Executivo consolidar as regras jurídicas sôbre corretores de mercadorias, juntas e bôlsas. O

Decreto n. 20.881, de 30 de dezembro de 1981, no art. 7□0, disse: "São admitidos à negociação na Bôlsa de Mercadorias, na Praça do Rio de Janeiro, o café, o algodão e o açucar de produção nacional, de acordo com os tipos básicos e demais condições estabelecidas neste regulamento". "Para que qualquer outra mercadoria possa ser admitida à negociação em Bôlsa", acrescenta o parágrafo único do art - 7□0, e necessário que, a requerimento do respectivo interessado, a Junta de Corretores prêviamente determine:

a) o nome a ser empregado no registro e no pregão; b) os tipos que constituem as diferentes qualidades; *e)* o tipo básico do negócio; *d)* a qualidade que deve formar a unidade dos preços e dos contratos". O Decreto n. 20.881, de 80

de dezembro de 1981, art. 5º, II, atribui *à* Junta de Corretores do Distrito Federal a competência para organizar a tabela de designação (nome, tipo e unidade) das mercadorias negociáveis na Bôlsa de Mercadorias, revendo-a anualmente, no mês de dezembro, para as modificações que se tornarem necessárias -

(a) A *qualidade* da mercadoria determina, em parte, a sua utilidade, durabilidade, classe e, em conseqUência, o seu valor. Mas fatôres

estranhos à qualidade, como o estar em moda (sendo a moda o processo de adaptação social mais instável e instabilizante), intervêm, por vêzes, em alto grau - De ordinário, os que manifestam vontade referem-se *à* qualidade da mercadoria. Se não disseram de que qualidade se havia de tratar, entende-se ter sido a de qualidade média *(fair average qualit~),* dentre as aptas ao uso a que a mercadoria se destina (cf. Código Civil, arts. 875, 2ª

parte, e 1.697, sôbre legados, e Código Comercial, art. 210) . As Juntas de Corretores *(e. g.,* no Distrito Federal, Decreto n. 20.881, de 80 de dezembro de 1981, art. 5□O, p), têm competência para dar atestados de qualidade e classificação de qualquer espécie de mercadoria, se algum interessado o pede.

Estatui o art. 60 do Decreto n. 20.881, de 80 de dezembro de 1981: "Nas vendas judiciais ou naquelas a que se refere o artigo antecedente", isto é, as feitas por intermédio de corretor, por fôrça dos arts. 10, § 1.0, e 28, § 1.0, da Lei n.

1.102, de 21 de novembro de 1908, "não serão admitidas reclamações sôbre qualidade: os compradores deverão examinar a mercadoria no local onde se achar depositada, incluindo os corretores em seus contratos a cláusula de ter sido a mesma examinada e aceita por seus comitentes". O art. 59 (artigo antecedente a que se refere o art. 60) dissera: "As vendas que tiverem de ser efetuadas por intermédio de corretor, em virtude do que dispõem os arts. 10,

§ 1.0, e 23, § 1.0, do Regulamento dos Armazens gerais, aprovado por Decreto n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, só poderão ser realizadas em Bôlsa". (Note

-se a confusão do legislador de 1981: fala de lei como se fôsse regulamento, que decreto aprovasse.) Um dos modos de determinar a qualidade das mercadorias é a *amostra,* quer se trate de fração de mercadoria, quer de

unidade (amostra grátis), algumas numeradas, outras com nomes, outras descritas (cf. Código Civil, art. 1.135; Código Comercial, art. 201). A amostra é pedaço do que se vai adquirir, ou unidade; num e noutro caso, não é só da mesma *qualidade,* mas *igual.* O Código Comercial, no art. 201, estabelecera: "Sendo a venda feita à vista de amostras, ou designando-se no contrato qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio, não é lícito ao comprador recusar o recebimento, se os gêneros corresponderem perfeitamente às amostras ou à qualidade designada; oferecendo-se dúvida, será decidida por

arbitradores". No Código Civil, art. 1.185, insistiu-se: "Se a venda se realizar *à* vista de amostras, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa vendida as qualidades por elas apresentadas". Se bem que, na lei comercial, se haja redigido a regra jurídica em termos de pré-exclusão de *recusa* pelo comprador, e no Código Civil, cor ~ garantia pelo vendedor, não há diferença entre os dois estatutos: o sistema jurídico, a despeito da duplicidade de regras jurídicas, contém as mesmas proposições para os negócios jurídicos comerciais e os negócios jurídicos civis, incluídos industriais e agrícolas.

(b) A determinação pode ser por vez de pela qualidade. O tipo é conforme as amostras depositadas nas bôlsas, associações comerciais, ou industriais, ou agrícolas, nos museus comerciais, industriais, ou agrícolas, nas exposições e nas salas de vendas públicas, ou conforme satisfação de requisitos definidos em convênios, tratados, ou usos.

Então, apenas basta dizer-se "tipo 1", "tipo B", ou "tipo oficial 2". Tipo oficial é aquele que consta de registro em bôlsa ou repartição especial.

§ 1.816. Determinação das mercadorias

1. MERCADORIA DETERMINADA POR INDIVIDUALIZAÇÃO. Pode dar-se que a mercadoria seja coisa singular individualmente indicada, ou as mercadorias sejam coisas singulares individualmente indicadas, como as telas A e E. Então não se precisa de falar de gênero, ou qualidade. O que promete coisa certa tem de entregar o que prometeu; o promissário não pode ser constrangido a receber outra coisa, em lugar da que se lhe prometeu. A coisa incerta é que há de ser indicada; pelo menos,

pelo gênero e quantidade. Se o promitente quer entregar outra coisa, que equivalha à que prometeu, o promissário pode recusá-lo; se a aceita, entende-se que admitiu substituição da prestação, ou que distrataram o negócio jurídico anterior e concluíram outro, com ou sem alteração do preço.

2. MERCADORIAS DETERMINADAS PELO GÉNERO E QUALIDADE, PELO MENOS. Nas promessas de coisas determinadas pelo~ gênero e qualidade, há certa liberdade do devedor, dentro do gênero e qualidade, razão por que tem êle a escolha (art. 875, l.ª parte) - Mas a regra jurídica do art. ~75, 1ª parte, é dispositiva *(verbis* "se o

contrário não resultar do título da obrigação") . Na escolha, o promitente não pode prestar o pior, nem ser obrigado a prestar o melhor (art. 575, 2ª- parte) A escolha pelo alienante ou pelo adquirente é assinalada, para que se saiba que cessou a fungibilidade - Fardos, caixas, peças, sacos e mais quantidades de mercadorias, que tenham de ser entregues, ou depositados, ou transportados, têm de ser assinalados, para que se possam distinguir dos outros, que caibam no mesmo gênero e qualidade, ou que tenham o mesmo envoltório, e para que deixem de ser fungíveis. As marcas mais freqúentes são as *iniciais* do adquirente ou destinatário, acrescentando-se-lhes números seguidos ou outros sinais de ordem (letras; estrêlas; linha, ângulo, triângulo, quadrilátero) .) m vez de *iniciais,* pode pôr-se o nome por inteiro, ou algum emblema, ou marca de indústria ou comércio. São as *marcas* e *contra marcas.* O Código Comercial, no art. 100, 2, tratando de transporte de mercadorias, exige no recibo a indicação das "marcas. ou outros sinais externos" dos volumes. No art. 200, 2), o Código Comercial reputa tradição das mercadorias (transferência da posse) a aposição, pelo comprador, da sua marca nas mercadorias compradas, se em presença do comprador e com o seu consentimento (Tomo X, § 1.090). No art. 88, o Código Comercial dá aos trapicheiros e administradores de armazéns. de depósito o dever de lançar no livro autenticado o que receberem, "com as marcas e números que tiverem"; e a Lei n. 1102, de 21 de novembro de 1903, art. 15, § 10, 4ª, regulando os títulos de *conhecimento de depósito* e de *warrants,* exige que eles contenham indicação da "natureza e quantidade das mercadorias em depósito, designadas pelos nomes mais usados no comércio, seu peso, o estado dos envoltórios e todas as marcas e indicações próprias para estabelecerem a sua identidade" -

Da marca ou sinal que aluda a alguém resulta presumir-se que é possuidor aquele a que a marca ou sinal alude; e Somente nesse sentido é que se poderia receber o *Signum mercatorum facit rem eorum praesumi quorum sunt signacula.*

As marcas e outros sinais semelhantes, de que aqui se trata, não se confundem com as marcas de indústria e de comércio, que são patenteáveis. As marcas e sinais dos fardos, caixas, peças ou sacos não no são. Se o adquirente emprega, como marca ou sinal de posse ou de cautela, a marca de indústria e de comércio, apenas acontece que êsse sinal não pode ser usado por outras pessoas: ainda ai é a marca de indústria e de comércio que é protegida, não a dos envoltórios ou peças.

Os transportadores podem exigir marcas ou sinais externos dos volumes (Código Comercial, art. 100, 2) e podem apor marcas ou

sinais externos aos que não os tenham. Pode apô-los ou exigi-los o que entrega a carga (art. 100, pr.).

O Decreto n. 19.473, de 10 de dezembro de 1980, diz, no art. 2.~, que o conhecimento de frete, nos transportes de mercadorias por terra, mar ou ar, deve conter a "espécie e a quantidade ou peso de mercadoria, bem como as marcas, ou sinais exteriores dos volumes de embalagens". A referência à embalagem foi superflua. A marca ou sinal há de ser posta por fora, visivelmente; porém às vêzes o volume não é embalado.

Se a pessoa que entrega a mercadoria não a quer marcar ou marcar e contramarcar, a empresa pode recusar-se ao transporte. Se aceita, o contrato de adesão conclui-se e a responsabilidade do transportador é a mesma. A êle fica a aposição da marca ou sínal. A interpretação da lei no sentido de que, pela não-aposição pelo dono da mercadoria, ou alguém por êle, fica exonerada de responsabilidade a empresa de transportes (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* V, Parte 1, 39 s., nota 2), é de repelir-se.

3. QUANTIDADE. A coisa incerta há de ser indicada, pelo menos, pelo gênero e pela quantidade (Código Civil, art. 874). A unidade do que faz objeto de negócio jurídico é dada pela própria natureza da mercadoria, ou pela Junta de Corretores, se se trata de venda na Bôlsa (Decreto n. 20.881, de 30 de dezembro de 1981, art. &~. *h;* Decreto n.

20.881, de 30 de dezembro de 1931, art. „7□O, parágrafo único, *d).* A quantidade é indicável por número *(e. g.*"

200.000 abacaxis, 100 fardos de algodão, 10 grosas ou 120 dúzias), *medida linear* (metro, centímetro, milímetro), *medida de volume* (litro, centilitroil, ou *peso* (quilograma ou quilo, grama). Quanto às medidas lineares, Lei n.

5.089, de 18 de setembro de 1872, art. 2.0; e Lei n. 5.169, de 11 de dezembro de 1872, arts. 1-5. Quanto às medidas de capacidade, Lei n. 5089, art. 29, § 1.0, e Lei n. 5.169, arts. 6-18 (para líquidos), 19-31 (para secos). Quanto às medidas de peso, Lei n. 5.089, art. 2.0, § 2.0, e Lei n. 5.169, arts. 32-51.

Diz-se *péso bruto* o que soma o peso da mercadoria, o da embalagem e o do envoltório (peso com o envoltório).

Diz-se ~*peso liquido* o peso da mercadoria, sem qualquer acondicionamento externo ou interno - Aquele é *gross weight.* Ésse, o *net weight.* O peso certo, ou calculado, aproximadamente, da embalagem (com papéis, palha ou o que fôr) *mais* o envólucro, chama-se *tara.*

Os negócios jurídicos têm de dizer se o peso, a que se referem, é o bruto, ou o líquido. Se nada se disse, nem há uso do tráfico que se haja fixado em uso-cláusula, entende-se que aludiram ao peso líquido, salvo se há regra jurídica costumeira. Temos, pois, sistemàticamente: *a)* se há lei, ou uso ou costume (regra jurídica), tem-se de atender ao que aquela ou êsse dispõe, se nada foi estabelecido em contrário, negocialmente; b) se não há regra jurídica, ainda costumeira, nem se inseriu cláusula a respeito, atende-se ao uso ou costume local (o que se costuma e usa fazer, *Comentários ao Código de Processo Civil,* II, nota 1) aos arts. 259-262) ; se não há regra jurídica (lei ou costume), nem foi inserta cláusula negocial, nem há uso ou costume local, que se repute seguido, entende-se que o negócio jurídico se referiu ao peso líquido, salvo em se tratando de fretes de navios, porque êsses carregam pesos brutos (Código Comercial, art. 615: “Ajustando-se os fretes por peso, sem se designar se é líquido ou bruto, deverá entender-se que é peso bruto, compreendendo-se nêle qualquer espécie de capa, caixa ou vasilha em que as fazendas se acharem condicionadas”) -

Quem aliena mercadoria aliena-a com a embalagem e o envoltório (caixa, saco, ou o que fâr), salvo se houve convenção ou se é de uso restituir-se. Alguns produtos se distribuem em recipientes caros, que se esvaziam e voltam, ou são devolvidos; outros têm o preço com invólucro ou vasilhame, ou sem êle (= devendo ser restituido) . A posse de quem recebe mercadoria cuja embalagem ou envoltório, ou embalagem e envoltório têm de ser restituidos, é posse imediata; o alienante da mercadoria conserva a posse mediata - Se a restituição é por substituição, a posse do dono é até o momento da substituição; se accede em que se entreguem as mercadorias para vir buscar, depois, o que substitua a embalagem ou o envoltório, ou a embalagem e o envoltório, houve empréstimo, de jeito que o recebedor passa a ser devedor e o -fornecedor perde a posse no momento em que accede em entrega sem substituição imediata.

Só a União pode fixar sistema de medidas (Constituição de 1946, art. 5$, XV, *m),* 2~ parte) 4. SISTEMA DE PESOS E MEDIDAS. Os sistemas de pesos e medidas atendem à necessidade de uniforme adoção de unidades métricas, o que é indispensável à segurança e facilidade de cálculo dos negócios. Daí ter sido objeto em séculos passados de regras

jurídicas de direito administrativo e, depois, de regras jurídicas de direito constitucional, que fixassem o fôro de competência legislativa. O sistema vigente no Brasil proveio da Lei n. 1.157, de 26 de junho de 1862, a que se seguiram o Decreto n. 5.089, de 18 de setembro de 1872, e o Decreto n. 5.169, de 11 de dezembro do mesmo ano.

Empresas privadas podem fabricar e preparar medidas, pesos e balanças, mas hão de ser aferidos pelo Estado.

Ninguém pode vender, ou usar, ou distribuir gratuitamente medidas, pesos e balanças que não foram submetidos à *aferição* (Decreto n. 5.089, de 18 de setembro de 1872, art. 7.~, iS alínea) - A aferição consiste em se compararem com os padrões os pesos e medidas, marcando-se aqueles que se tenham por exatos (Decreto n. 5.089, art. 7, 2ª

alínea) . Também se têm de aferir os aparelhos e instrumentos, como aerômetros, alcoômetros e outros que sirvam para determinação quantitativa que influa no valor dos produtos (Decreto n. 5.089, art. 6$) 391

1.813-1.821. MERCADORIAS

390

A vigilância métrica é municipal, desde o Decreto n. 5.089, e o Município arrecada a *taxa de aferições,* se bem que se houvesse de federalizar após a Lei n. 1.606, de 29 de dezembro de 1906 (art. 2, inciso 3, e) Além das medidas e dos pesos, há as medidas de eletricidade *(Ohm,* unidade de resistência *Ámpére,* unidade de cor-Tente; *Volt,* unidade de fôrça motora; *Farad,* unidade de capacidade eletrostática; *Joule,* unidade de trabalho; *Watt,* unidade de energia; *Ilenril,* unidade de indução; *Couiomb,* unidade de quantidade elétrica), as medidas de dinâmica *(atmosfera,* unidade de medida da pressão do vapor contra as paredes da caldeira; *caloria,* unidade de medida de calor; *cavalo-vapor,* unidade de medida da potência das máquinas mataras; *quilogrâmetro ,* unidade de medida do trabalho ; *dinamômetro ,* unidade de medida do trabalho dinâmico), e as medidas de energia intra-atômica.

No registro dos navios, têm-se de declarar as dimensões principais em medidas métricas, tonelagem em bruto, abaixo do convés e líquida, comprovadas por certidão de arqueação com referência à data (Código Comercial, art.

461, 2); Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1964, art. 86: “O pedido de registro conterá as seguintes especificaçôes: *e)* tipo e classificação, comprimento, bôca, pontal, contorno, número de cobertas, numero de porões; *d)* borda livre, calado máximo, tonelagem bruta e liquida, peso máximo de carga”).

5. DETERMINAÇÃO POR APROXIMAÇÃO. Se algum termo for empregado como medida sem ser o do sistema métrico, entende-se que se adotou a medida a que o termo corresponde no lugar da execução (Código Civil, art., 949, regra jurídica que não era escusada, porque se continuam de usar termos como *alqueire,* que se referem a dimensões diferentes conforme os lugares do pais), ou a que está em uso nos negócios jurídicos de que se trata (Código Comercial, art. 132: “Se, para designar a moeda, peso ou medida, se usar no contrato de s genéricos que convenham a valores ou quantidades diversas, entender-se-á obrigação na moeda, peso ou medida em uso nos contratos de igual natureza”).

E“ uso aditarem-se, antes da determinação da quantidade, as expressões “cêrca de. . . “, ou “mais ou menos” (que às vêzes se pospõe). Entende-se como limite de tolerância o que não Pré-exluira o interesse do adquirente (no *Relatório da Junta de Corretores de Mercadorias do Rio de Janeiro,* em 1912, 76 s., o síndico, atendendo à variedade do limite, sugeria os extremos de 5% a 10%). A extensão do interesse do adquirente pode resultar de cláusula, ou de circunstância conhecida pelos figurantes do negócio jurídico, ou de uso local ou especial ao negócio.

6. QUEBRA NORMAL NAS MEDIDAS. ~ quantidade de mercadorias a serem entregues é a que foi acordada.

Chama-se quebra normal nas medidas, ou, simplesmente, *quebra,* o que a mercadoria perde se houve grande distância percorrida, calor, frio, ou se outro fator natural fêz perder volume ou peso, por derrame, extravasamento, retirada de água (dessecamento), ou outro fato - A diferença de quantidade não permite recusa por parte do recebedor se a quebra é normal, de acordo com o que o uso do tráfico entende tolerável (normal), ou, se não se fixou uso, de acordo com o que se calcule para circunstâncias normais.

A entrega tem de ser do todo, e não por partes, salvo cláusula em contrário (Código Civil, art. 889: “Ainda que a obrigação tenha por objeta prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber,

nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustar"; Código Comercial, art. 203: "O comprador que tiver ajustado por junto uma partida de gêneros sem declaração de a receber por parte, ou lotes, ou em épocas distintas, não é obrigado a receber parte com promessa de se lhe fazer posteriormente a entrega do resto").

As *sobras* pertencem ao adquirente, salvo cláusula em contrário -O que nos armazéns, ou depósitos, ou meios de transportes, cai ou sai dos gêneros, pertence ao armazém, ou ao depositário, ou ao transportador, que é responsável pelo que falta às quantidades, tirada a quebra normal, se é caso para isso. São as *varreduras* de café, os *residuos* e *escoagens* de açúcar e os *detritos* de algodão.

§ 1.817. Valor *e* preço das mercadorias

1. CONCEITOS. O conceito de valor pertence à economia. Determina-se o valor aproximadamente, levando-se em conta variáveis, algumas das quais são as mais relevantes. Na ordem prática, avaliam-se as coisas, que tanto é dizer-se dão-se-lhes valores que parecem ser os seus, segundo perícia Diferente é o conceito de preço, que é aquele que se atribui à coisa em certo negócio jurídico de alienação ou de cessão do uso, ou tendo-se em vista negócios jurídicos ofertados, ou simplesmente possíveis. Por vêzes, para se obviar aos inconvenientes da divergência entre o preço da coisa e o seu valor, procura-se-lhe o *justo preço,* que é aquele que se tem como próximo do valor abstrato.

Preço é o valor negocial, o valor, expresso em dinheiro, com que se aliena ou se cede o uso. Estritamente, preço só se chama ao valor para a alienação, isto é, aquele com que se adquire a coisa ofertada, ou a coisa que o oferente quer adquirir. Ao que, na locação, se contrapresta chama-se *aluguer.*

2. FIXAÇÃO DO PREÇO. A fixação do preço há de ser feita pelos contraentes, no instrumento do contrato, ou fora dêle, porém como objeto de manifestação de vontade inclusa no contrato - No Código „Civil, art. 1.124, diz-se:

"Também se poderá deixar a fixação do preço A taxa do mercado, ou da bôlsa, em certo e determinado dia e lugar".

No Código Comercial, art. 198: "Quando se faz entrega da coisa vendida sem que pelo instrumento do contrato conste preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fôsse corrente no dia e lugar da

entrega; na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, prevalecerá o termo médio" - Na lei comercial, a regra jurídica foi redigida, claramente, como *jus di.spositivum.* Resta saber se o é a regra jurídica da lei civil. Desde logo observemos que o final do art. 193 do „Código Comercial se há de ter como regra jurídica implícita na lei civil.

Antes de se discutir se a regra jurídica do art. 1.124 do Código Civil é dispositiva, ou não no é, assentemos que, se é de interpretar-se o contrato como concluído tendo-se em vista o preço do mercado ou da bOlsa, não cabe a questão da dispositividade, porque a cláusula foi inserta, embora causando dúvida. Precisa-se a questão quando se põe nos seguintes termos: não se tendo feito referência a qualquer preço e sendo a coisa tabelada no mercado ou na bOlsa, com os preços máximo e mínimo de cada dia, ,é de entender-se que se fixou o preço do mercado ou da bôlsa no dia e lugar da entrega?

"A fixação do preço", lê-se no art. 1.228 do Código Civil, "pode ser deixada a arbítrio de terceiro, que os contraentes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contraentes designar outra pessoa". No Código Comercial, art. 194, diz-se: "O preço da venda pode ser incerto e deixado na estimação de terceiro: se êste não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores". Havemos de interpretar o art. 1.223 do Código Civil como se houvesse dito: "Se o terceiro não se puder incumbir ou não aceitar a incumbência...". Mas haveria diferença entre a regra jurídica do Código Civil e a do Código Comercial, pois, na lei comercial, se permite o arbitramento e na lei civil se faz depender da designação de alguém a eficácia da cláusula. No plano do direito comercial, pode o interessado fazer intimar o outro contraente para a designação; no plano do direito civil, ficaria a líbito do contraente o acordo de designação.

Devemos interpretar que há a alternatividade: o preceito para que se louve, sob pena de se ter por ineficaz a cláusula, tanto em direito comercial como em direito civil, ou o preceito para que se louve, ou, em não se dando a louvação, o juiz nomeie o arbitrador, que é o terceiro que se substitui ao de que cogitara o contrato.

Dizem-se *preciosas* as coisas que, embora pequenas, ou em pequena quantidade, têm grande preço negocial, por seu valor econômicamente determinado (pedras preciosas, urânio, platina, ouro).

O preço pode ser *alto* ou *baixo, fixo* ou *não-fixo* (oscilante), *ordinário* e

de ocasião, do mercado ou *da bólsa* (ordinário), *de estimação.*

O preço pode ser fixado tendo-se em vista que o adquirente vai buscar a coisa, ou que o alienante a deve levar ao adquirente, ou que as despesas de transporte são por conta do adquirente ou do alienante. O uso do tráfico muito pode estabelecer. Se o alienante costuma fazer as entregas, a aquisição foi feita com essa cláusula de uso, que o adquirente aceitou. Se o alienante não faz entregas, não poderia o adquirente ter aceito o que, pelo uso, não lhe foi ofertado. Então, e sOmente então, é que incide o art. 196 do „Código Comercial: "Não havendo estipulação em contrário, as despesas do instrumento da venda, e as que se fazem para se receber e transportar a coisa vendida, são por conta do comprador". A respeito das despesas do instrumento de venda, dá-se o mesmo; *e. g.,* é de uso que as casas comerciais dêem os recibos da venda e corram por sua. conta as despesas da quitação. No Código Civil, art. 1.129, também se estatui: "Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas da escritura a cargo do comprador, e a cargo de vendedor as da tradição" - O uso do tráfico pode ser a cláusula em contrário, pôsto que seja difícil ocorrer fora do comércio.

O Código Civil (art. 1.129) fala de serem a cargo do vendedor as despesas de tradição; o Código Comercial (art.

196 >, de serem por conta do comprador. Há diferença, que não se pode, *de lege lata,* reduzir. O uso do tráfico é que a pré-elimina, no sentido de não incidir a lei comercial, e já antes se cogitou do uso de fazer as entregas o vendedor.

§ 1.818. Cláusulas sobre preço

1. CLÁUSULAS FREQUENTES. (a) Há conveniência, por vêzes, em que se atribua o preço ao alienante como compreensivo do custo, do seguro e do frete *(cosi, insurance, freigkt,* donde cláusula *cif)* . O ~adquirente recebe a coisa pelo preço acordado, sem as despesas de seguro até o pOsto da entrega e sem as despesas de frete, pois tudo se incluira no preço. A cláusula tem de ser expressa (arg. ao art. 196 do Código Comercial) . Até o momento da tradição, os riscos correm por conta do adquirente, e o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de setembro de 1918

(E. dos T., 27, 815), julgou que, sendo inserta a cláusula *cif,* a tradição se opera com o embarque -Pela entrega do conhecimento e da apólice

de seguro, dá-se a tradição, exonerando-se de qualquer responsabilidade superveniente o alienante, no que se diferença da cláusula *fob* a cláusula *cif*. Há também a cláusula *cl* (custo e frete) . As iniciais bastam para se considerar inserta e explícita a cláusula -

(b) Cláusula *fob* é aquela pela qual se estabelece que o alienante porá a mercadoria franca a bordo no pôrto do destino. São assuntos mais próprios para o Direito das Obrigações .

(c) Cláusula *impostos* (e taxas) *pagos,* ou *livre de tributos* é a cláusula *duty paid* do tráfico britânico, significando que o remetente paga os tributos (impostos e taxas)

(d) *Livre de despesas,* ou *free of charge,* é a cláusula livre de quaisquer encargos ou despesas -

(e) Cláusula *de despesas notadas* é aquela pela qual as despesas, quaisquer, têm de ser recebidas ou pagas no lugar do destino.

2. CLÁUSULAS DE MODO DE PAGAMENTO. O pagamento há de ser feito à vista, se não houve cláusula em contrário (Código Civil, art. 952: “Salvo disposição especial neste Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigi-lo imediatamente”) ; se comercial a obrigação, a *exigibilidade* é no décimo dia depois da data (Código Comercial, art. 137: “TOda obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exeqüível dez dias depois da sua data”). Se foi fixado prazo pelos contraentes, ou pela lei, a exigibilidade é ao termo do prazo. Fora da balsa e quando a lei não fixa o prazo, diz-se *fiado* o negócio jurídico, ou comprada *fiado* a mercadoria (Código Comercial, art. 446), ou *fiada* a venda (Código Comercial, .art. 12). O prazo pode ser determinado ou não.

O

pagamento pode ser em dinheiro, ou em cheque. Teremos de expor o que concerne ao pagamento em letra de cámbio , nota promissória ou aceite de duplicata mercantil -

§ 1.819. Procedência estatal e procedência interestatal das mercadorias 1.

PROCEDÉNCIA ESTATAL. As mercadorias são produzidas dentro do território de determinado Estado. O

Estado e as pessoas que negociam juridicamente dentro do território em que a mercadoria, objeto do negócio jurídico, foi produzida, dizem-na *nacional.* Se um contraente está fora do Estado e outro dentro do Estado, a mercadoria é nacional Somente em relação a êsse Estado - Estrangeiras são tOdas as mercadorias que não foram produzidas dentro do Estado -As mercadorias nacionais podem ser produzidas em Estado-membro, no Distrito Federal, ou em Território.

2. MERCADORIAS ESTRANGEIRAS. São tidas como mercadorias *estrangeiras: a)* as importadas de outro Estado, para consumo, ou diretamente ou em trânsito, ou em navios entrados por franquia ou arribada forçada; *b)* as arrojadas às praias e portos, ou encontradas flutuando, ou tiradas do fundo da água, ignorando-se o navio em que eram transportadas (presunção *facti!)* e) o carregamento e pertenças das embarcações apreendidas, o aparelho, as provisões, o armamento, as munições e outros objetos de serviço de qualquer embarcação estrangeira de guerra ou mercante e os fragmentos dos cascos de navios estrangeiros; *cl)* as embarcações, tiradas do serviço e alienadas para serem registradas fora do Brasil.

As leis tributárias adotam presunções que não interessam ao direito privado, salvo acidentalmente.

SObre armazenagem de mercadorias estrangeiras, nacionais e nacionalizadas, cf. o Decreto-lei n. 8.439, de 24 de dezembro de 1945.

§ 1.820. Rotulagem obrigatória das mercadorias

1. CONCEITO DE ROTULAGEM. Rotular é pôr rótulo; rótulo, como *rOlo,* cf - rôlho, de *rotulus,* como *rOlha* vem de *rotula,* roda, rodinha. Talvez os rótulos fôssem postos nas rOlhas e tivessem de ter, por isso, -a forma da rOlha. Ao rolhar-se, rotulava-se. *Rotulagem* é a ação ou o resultado de rotular -

2. INTERÉSSE NA ROTULAGEM. Pode ter interesse na rotulagem Estado (ou continente), ou Estado-membro, ou o Distrito Federal, ou Território, ou municipio. A indicação da. procedência é a mais frequente exigência no tocante a rótulos:

“Indústria nacional”, “Produto de Santa „Catarina”, “Made in England”, “Município do Recife” - A exigência do nome do produto e do preço já atende a outros interesses. Por pnde se vê quão compósita pode ser a rotulagem.

3.

INDICAÇÃO DE ORIGEM OU PROCEDÊNCIA. A indicação de origem ou procedência serve a ligar a mercadoria a certo lugar (pais, região, Município, serra, baixada, planalto, centro industrial ou agrícola) . A ligação ou se adotou para se afirmar que é de boa qualidade, tradicionalmente segura, dos produtos que do lugar provêm, ou para se anunciar que no lugar já se produz com tanto mérito e se recomendarem no futuro os produtos do lugar. Não importa qual a razão. Por isso mesmo, dela abstrai a lei para considerar crime de concorrência desleal o produzir, importar, exportar, armazenar, vender ou expor à venda mercadoria com falsa indicação de procedência (Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agOsto de 1945, art. 178, IV)

Pune-se a falsidade como elemento de concorrência desleal, considerando-se, por si só, crime.

De ordinário, a indicação é do lugar onde se produz. Todavia, pode não ser a do lugar da fabricação; ser o do lugar de extração ou colheita dos elementos com que se produz, o que precisa ser declarado *(e. g* ., “Compota com abacaxis de Pernambuco”) - Diz-se no art. 100 do Decreto-lei n. 7.903: “Entende-se por indicação de proveniência a designação de nome de cidade, localidade, região ou país, que sejam

notôriamente conhecidos como o lugar de extração, produção ou fabricação das mercadorias ou produtos". No art. 101: "Ninguém tem o direito de utilizar o nome correspondente ao lugar de fabricação ou de produção para designar produto natural ou artificial, fabricado ou proveniente de lugar diverso". No art. 102:

"Não haverá falsa indicação de proveniência: 1?) quando o produto fôr designado pelo nome geográfico, que, tendo-se tornado comum, exprima a sua natureza ou gênero, salvo tratando-se de produtos vinícolas; 2.0) quando o nome fOr de filial, sucursal ou representante do titular de marca estrangeira, devidamente registrada no Brasil, autorizado a usá-la, devendo nesse caso o interessado indicar, nos produtos, o seu nome, sede e domicilio do estabelecimento principal".

O nome do lugar é *res communis omnium* para todos os produtores ou fabricantes do lugar (Decreto-lei n. 7.903, art. 100, parágrafo único: ". . .0 uso do nome do lugar de proveniência cabe, indistintamente, a todos os produtores ou fabricantes nêle estabelecidos"). A decisão do juiz a respeito é declaratória; bem assim, a respeito dos nomes geográficos que se tornaram nomes genéricos de produtos *(e. g.,* "água-de-colônia", "fOlha-de-Flandres"

"champagne", ou "champanha"). As indicações de proveniência não se registam (arg. Aos arts. 3°, c>, e 101, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.903)

A indicação de proveniência é objeto de propriedade industrial *(res eommunis ornujum)* - O espaço a que se refere o nome não é só o da localidade que o tem, mas o da localidade e seus arredores, conforme a unidade industrial ou agrícola que se verifique.

2. TRADIÇÃO E TRANSFERÊNCIA DE DIREITO. A tradição refere-se à posse (art. 520, II) ou à propriedade (art. 620 -622), assuntos que foram estudados longamente (Tomo X, §§ 1.084, 1.088, 1.156; e neste Tomo, §§ 1.749-1.757).

E‟ preciso não se perder de vista, quanto à tradição de que fala o art. 520, II, e à tradição-elemento de que se trata no art. 620, que o sistema jurídico brasileiro abstraiu do *rirnimus* e do *corpus.*

§ 1.821. Circulação das mercadorias

1. CIRCULAÇÃO E REGIME JURIDICO. As coisas, e não só as

mercadorias, circulam. Diz-se circulação a passagem do foco produtor ao consumidor, ou do foco produtor ao últimó adquirente da coisa inconsumível.

Circulam gêneros alimentícios; circulam materiais de construção; circulam pedras preciosas e jóias; circulam dinheiro, cheques e títulos cambiários e cambiariformes; circulam bens imóveis e títulos à ordem e ao portador; circulam títulos representativos.

A circulação supõe transferência da propriedade ou da posse. Alguns títulos, conforme já se viu (§§ 1.745-1.74S), circulam pela transferência da propriedade, para a aquisição da qual basta a posse de boa fé. Os bens imóveis não circulam sem o registro. O apêgo à noção de circulação material foi que pré-excluiu da circulabilidade os imóveis, como se, falando-se de circulação de bens móveis, fOsse a eles, e não ao direito sObre eles, que se aludisse. Todavia, é construível, *de jure condetido,* a circulação dos imóveis, sem o registro ordinário, se se concebem títulos representativos deles, o que a vida ainda não impôs à técnica jurídica. O mais que se alcançou foi quanto às cédulas hipotecárias e aos títulos relativos ao registro Torrens.

2.

AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE E CIRCULAÇÃO DAS MERCADORIAS. No sistema jurídico brasileiro, não há a regra de aquisição da mercadoria sOmente pela posse, o regime jurídico é o mesmo no direito civil e no direito comercial, O fundamento para essa atitude do direito brasileiro está em que não se há de presumir que as mercadorias circulem: as mercadorias vão do industrial o consumidor, ou do industrial ao comerciante e desse a consumidor ou adquirente; só excepcionalmente, interpõe-se entre comerciante e consumidor ou adquirente algum outro comerciante, ou se interpõem dois ou mais. Não têm a circulação dos títulos cambiários, nem, sequer, dos títulos ao portador, e sabemos, quanto a êsses, qual foi a atitude do legislador brasileiro.

8. CIRCULAÇÃO REGULAR E CIRCULAÇÃO IRREGULAR. Quanto aos bens móveis, a circulação opera-se pela tradição, conforme os princípios que foram expostos no Tomo Xl e neste, quando se tratou da aquisição da propriedade mobiliária. Se alguém retirou do estabelecimento alguma coisa móvel e a pôs na circulação, dá-se a circulação irregular, podendo o proprietário readquirir a posse, com as

ações próprias, ou vindicar a posse, ou reivindicar o bem, corrigindo a irregularidade do tráfico. Se o bem é imóvel, há as ações próprias, que foram estudadas nos Tomos XI-XIV.

4. TRADIÇÃO DE MERCADORIAS. No art. 199 do Código Comercial diz-se: "A tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma coisa se achava ao tempo da venda; e pode operar-se pelo fato da entrega real ou simbólica, ou pela do título, ou pelo modo que estiver em uso comercial no lugar onde deva verificar-se". A regra jurídica não dilata os princípios sObre a tradição, tanto mais quanto o sistema jurídico brasileiro alcançou, em 1916, o mais alto grau em teoria da posse e sua transmissão, uma vez que se partiu da reforma mais radical, abstraindo-se do *animus* e do *corpus.* No art. 200, acrescenta-se: "Reputa-se mercantilmente tradição simbólica, salvo a prova em contrário, no caso de erro, fraude ou dolo: 1) a entrega das chaves do armazém, loja, ou caixa, em que se achar a mercadoria ou objeto vendido; 2) o fato de pôr o comprador a sua marca nas mercadorias compradas, em presença do vendedor, ou com o seu consentimento; 8) a remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador; 4) a cláusula *por conta,* lançada no conhecimento ou cautela de remessa, não sendo reclamada pelo comprador dentro de três dias úteis, achando-se o vendedor no lugar onde se receber a cautela ou conhecimento, ou pelo segundo correio ou navio que levar correspondência para o lugar onde êle se achar; 5) a declaração ou averbação em livros ou despachos das estações públicas a favor do comprador, de acOrdo com ambas as partes". Já comentamos o art. 200: hoje, os princípios sObre tradição superaram os enunciados de 1850, de modo que se hão de consultar os princípios gerais sObre posse, sObre transmissão da posse e sObre tradição, no sentido dos arts. 620-622 do Código Civil. A tradição dos gêneros de importação e exportação, depositados em trapiches ou armazéns, opera-se por meio de ordem passada pelo depositante vendedor (Assento n.

XVII do Tribunal do Comércio, de 17 de agOsto de 1857), regra jurídica que se subsume, exaustivamente e com tOda a generalidade ao território brasileiro, nos princípios da teoria da posse e da tradição (arts. 620-622 do Código Civil> que se instituiu no sistema jurídico brasileiro. No Decreto n. 20.882, de 80 de dezembro de 1931, que regulamentou a BOlsa de Mercadorias do Distrito Federal, estabeleceu-se: "A entrega das mercadorias vendidas em solução dos confratos a termo será feita por meio de uma ordem assinada pelo vendedor, da qual deverão constar todos os característicos, designação, quantidade, peso, marca, lugar de depósito, etc." (art. 45) ; "A ordem de entrega

será passada no mesmo dia das operações à vista e com antecedência de 48 horas da data do vencimento, nas operações a prazo" (art. 46).

A canalização da água e do gás, a corrente elétrica por fio dão ensejo a *entrega por medidor,* que separa o que passa a pertencer ao contribuinte, com a posse e a propriedade.

No art. 76, o Código Comercial estatui: "Sempre que algum comerciante encarregar um feitor, caixeiro, ou outro qualquer preposto do recebimento de fazendas compradas, ou que por qualquer outro título devam entrar em seu poder, e o feitor, caixeiro, ou preposto as receber sem objeção ou protesto, a entrega será tida por boa, sem ser admitida ao preponente reclamação alguma; salvo as que podem ter lugar nos casos prevenidos nos arts. 211, 616 e 618". O art. 211, alínea 11

1,a, ~ aquele em que se explicita a responsabilidade por falta de quantidade ou vícios redibitórios quando "os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e reconhecimento", se o adquirente, dentro de dez dias, reclama falta na quantidade ou defeito na qualidade, "devendo provar-se, no primeiro caso, que as extremidades das peças estavam intactas e, no segundo, que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder". Na alínea o art. 211 acrescenta: "Esta reclamação não tem lugar quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem depois de pago o preço". A parte final é para os casos em que se entrega a coisa, para que se examine e depois se pague o preço, e não para todos os casos em que haja entrega e pagamento, ou pagamento e entrega depois, ou, ainda, entrega e pagamento posterior, O art. 616 diz:

"Quando o frete fOr justo por número, peso ou medida e houver condição de que a carga será entregue ao portal do navio, o capitão tem direito de requerer que os efeitos sejam contados, vendidos ou pesados a bordo do mesmo navio, antes da descarga; e, procedendo-se a esta diligência, não responderá por faltas que possam aparecer em terra; se, porém, as fazendas se descarregarem, sem se contarem, medirem ou pesarem, o consignatário terá o direito de verificar em terra a identidade, número, medição ou peso, e o capitão será obrigado a conformar-se com o resultado desta verificação", O art. 616 sOmente é exceção a regra jurídica do art. 76 no que concerne ao seu estrito teor (número, medida ou peso). Cf. art. 617. O art. 618 cogita dos danos, roubos e diminuições a bordo.

Interpretando-se o art. 76 do Código Comercial, tem-se:

o servidor da posse que recebe a mercadoria recebe-a pelo titular da posse a ser recebida, segundo os princípios que expusemos no Tomo Xl (§§ 1.060 e 1.090) ; se o servidor é feitor, caixeiro o outro qualquer preposto, entende-se que tem *poder de exame e de protesto,* ainda como servidor da posse. Surge, então, o problema de se saber se o art.

76 é regra jurídica cogente ou dispositiva, isto é, se pode o preponente, com prévia declaração de vontade em sentido contrário, pré-excluir a incidência do. art. 76. A resposta há de ser no sentido da dispositividade: a) se a pessoa que entrega está avisada por meio de cartaz, aviso escrito, carta ou outro meio que importe cognição, de que, apesar de feitor, caixeiro ou preposto, o empregado não pode receber mercadorias, como se às portas está o aviso "entregas Somente pela porta a, com o empregado A", não há pensar-se em incidência do art. 76 do Código Comercial; se o próprio remetente apôs "para ser entregue ao empregado A", a entrega a outrem é contrária às próprias instruções do remetente e não se pode invocar o art. 76. Não se trata de órgão da casa comercial, nem de representante; de regra, quem recebe é preposto: preposto não é órgão, nem representante; representante é quem tem poderes de representação, o que o gerente pode não ter, nem o têm caixeiros ou prepostos, salvo atribuição especial de poderes de representação (sem razão, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado,* V, Livro 1H, Parte 1, 95).

No art. 168 do Código Comercial, estabelece-se: "O comissário que aceitar o mandato (fl, expressa ou tâcitamente, é obrigado a cumpri-lo na forma das ordens e instruções do comitente; na falta destas, e na impossibilidade de as receber em tempo oportuno, ou ocorrendo sucesso imprevisto, poderá exequir o mandato, obrando como o faria em negócio próprio e conformando-se com o uso do comércio em casos semelhantes". É de notar-se, primeiramente, a confusão do legislador entre comissão e mandato: se há comissão, não há mandato; se há mandato, não há comissão.

A figura do comissário já foi objeto de estudo no Tomo III, § 310, 4.

No art. 100, o Código Comercial diz: "Tanto o carregador como o condutor devem exigir-se mútuamente uma cautela ou recibo, por duas ou mais vias, se forem pedidas, a qual deverá conter: 1. O nome do dono dos gêneros ou carregador, o do condutor ou comissário de transportes, e o da pessoa a quem a fazenda é dirigida, e o lugar onde deva fazer-se a entrega.

2. Designação dos efeitos, a sua qualidade genérica, peso ou número dos volumes, e as marcas ou outros sinais externos dêste. 3. O frete ou

aluguer do transporte. 4. O prazo dentro do qual deva efetuár-se a entrega. 5. Tudo mais que tiver entrado em ajusto"- O empresário de transportes é, ai, terceiro, que tem a posse imediata das mercadorias, sendo a posse mediata do remetente ou do destinatário, conforme a espécie. O que mais acontece é ser possuidor mediato o remetente, transmitindo-se ao destinatário a posse mediata (arg. ao Có digo Comercial, art. 113) ao recebimento do título bastante para o recebimento (art. 114) e a posse imediata à entrega das mercadorias. No art. 114, □

,a partes, do Código Comercial, está escrito: "O condutor ou comissário 1 a e 2

de transportes não tem ação para investigar o direito por que os gêneros pertencem ao carregador ou consignatário; e logo que se lhe apresente título bastante para os receber deverá entregá-los, sem lhe ser admitida oposição alguma O carregador pode *variar* a destinação das mercadorias. Mas tal variabilidade somente é possível se o carregador não transferiu a posse mediata das mercadorias, ou se, transferindo a posse mediata, permaneceu com posse mediata superior. £ verdade que, não havendo estipulação em contrário, as despesas com o recebimento e o transporte das mercadorias vendidas são por conta do adquirente (art. 196 >, mas isso só diz respeito às despesas e não serve de argumento para se entender que a posse se transferiu no momento da expedição.

No art. 200, 5, o Código Comercial considera tradição a declaração ou averbação em livros ou despachos das estações públicas a favor do comprador, de acordo com ambas as partes. A espécie jurídica já foi analisada no Tomo X. Houve a lição da posse mediata ao adquirente e da posse imediata ao que tem, desde agora, a guarda da coisa, ou essa fica, pelo constituto possessório, com o declarante, O art. 200, 5, Somente concerne a livros e despachos das estações públicas, isto é, de serviços ao público.

Tratando-se de depositário, e não de estabelecimento de serviço ao público, é preciso a comunicação ao depositário, que importe em declaração de transferência e, pois, cessação, para o depositante, da facilidade de retirar.

Se a mercadoria se acha em armazéns gerais e sObre ela foram emitidos conhecimentos de depósitos e *waryants,* o endosso do conhecimento transfere ao portador a propriedade da mercadoria (Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 18, § 2.0: "O endOsso dos títulos unidos confere ao cessionário o direito de livre disposição da

mercadoria depositada; o do *warrant* separado do conhecimento de depósito, o direito de penhor sObre a mesma mercadoria; e o do conhecimento de depósito, a faculdade de dispor da mercadoria, salvo o direito do credor, portador do *warrant"*>. Se houve endosso do

warrant, o endossatário é possuidor mediato, o armazém geral, possuidor imediato, e o depositante ou o endossatário do conhecimento de depósito, possuidor mediato acima do possuidor mediato credor pignoratício (endossatário do *warrant).*

5.DE ENTREGA. A mercadoria vendida deve ser entregue no lugar em que se acha ou se achava ao tempo do contrato, salvo estipulação em contrário (Código Comercial, art. 199, □a parte: "A tradição da coisa vendida, na 1

falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma coisa se achava ao tempo da venda"; cp. Código Civil, art. 950). As cláusulas mais usuais, fora da regra jurídica dispositiva do art. 199, são as seguintes: a de ter o vendedor ou carregador de providenciar sôbre a condução das mercadorias até o navio, cabendo ao comprador ou recebedor aguardá-las e pagar as despesas de embarque, como as de guindaste *(free along-side* F. A. 5.); a de ter o vendedor ou carregador de pôr as mercadorias a bordo, livres para o comprador ou recebedor, de quaisquer despesas e cargos de embarque *(free on boari* F. O. B. = livre a bordo); a de entrega fora do armazém *(ex-warehouse),* que significa ter o comprador ou recebedor de apanhar a mercadoria à porta do armazém; a de entrega na alfândega *(iii bond),* procedendo aos despachos aduaneiros, pagando os direitos o comprador ou recebedor; a de entrega no cais *(ez-qua~),* de modo que ao comprador ou recebedor caiba remover do cais as mercadorias.

A cláusula *pronto embarque* dá ao vendedor quinze dias para „embarcar a mercadoria. A de *embarque imediato,* sete dias *(Relatório do Sindico da Junta de Corretores de Mercadorias do Distrito Federal,* de 1912, 77).

Ainda no direito comercial não temos a regra *En* 1 *ait de meubles possesston vaut titre* e as tentativas para a inserir no sistema jurídico brasileiro, contra a tradição do sistema e contra os textos *(e. g., J. X.* CARVALHO DE

MENDONÇA, *Tratado de Direito comerciol,* V, Livro III, Parte 1, 100), chocava-se abertamente com os princípios de interpretação das leis.

Na Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1908, art. 17, diz-se: "Emitidos

os títulos de que trata o art. 15, os gêneros e mercadorias não poderão sofrer embargo, penhora, sequestro ou qualquer embaraço que prejudique a sua livre e plena posição, salvo nos casos do art. 27. O conhecimento de depósito e o *warrant,* ao contrário, podem ser penhorados, ou arrestados por dívidas do portador". É preciso que se colha todo o conteúdo do art. 17 da Lei n.

1.102 e só o seu conteúdo, O conhecimento e o *warrant* são títulos representativos. Ficam, juridicamente, no lugar das mercadorias: as mercadorias passam a ser, para eles, o que são os créditos para os títulos em que se incorporam, assunto que antes versamos. A mercadoria perde a sua circulabilidade, porque os títulos não são pertença delas; elas se tornam partes integrantes dos títulos: circulando os títulos, elas circulam; não circulando os títulos, elas não circulam. Se há pretensão petitória ou possessória, objeto do pedido são os títulos, não as mercadorias, que estão *representadas.*

Se alguém era dono das mercadorias e tinha ação de reivindicação, não há de pedir, após a emissão dos títulos, que se lhe dêem as mercadorias, mas sim os títulos. Ocorre o mesmo se a ação é possessória ou pessoal de restituição. As mercadorias deixaram de ser suscetíveis de medidas constritivas porque lhes fazem as vêzes os títulos. Não se abriu exceção àconstringibilidade dos bens, nem à sua irreivindicabilidade;

apenas se estabeleceu que os títulos são, *juridicamente,* as mercadorias.

Se se perdem os títulos, ou são roubados, furtados, extraviados, ou destruidos, ou só um deles, cabe invocar-se o art.

27 da Lei n. 1102, com os §§ ~

Se o primeiro endossante guardou o conhecimento de depósito, ou o adquiriu depois, como endossatário, ou portador do título endossado em branco, está êle habilitado a exigir a retirada das mercadorias, nos termos do art. 21 da Lei n.

1 102. No sistema da lei brasileira, o adquirente do conhecimento

de depósito recebe titulo que representa as mercadorias *menos* o valor do *warrant;* por isso, se não presta o valor, antecipadamente, depositando em consignação êsse valor, assume a dívida, que, ao emitir o *warrant,* inserindo a declaração do valor, fOra criada pelo primeiro endossante do *warrant* ; mas assume-a, após *e* sse endossante foi, necessariamente , titular do conhecimento de depósito ao tempo do endOsso do *warrant,* pois há os lançamentos nos dois títulos da

operação do endOsso do *warrant* -

Circulando o conhecimento de depósito, os que foram endossatários do conhecimento de depósito e o endossaram, deixaram as suas declarações unilaterais de vontade e são obrigados cambiariformes. Só têm notícia, provàvelmente, do inadimplemento da obrigação do *warrant* pelo primeiro endossante do *warrant,* pelo protesto. Podem pagar no protesto (Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 35 e 40, parágrafo único) Sendo múltiplas as intervenções, concorram, ou não, co-obrigados, prefere-se o interveniente que desonera maior número de firmas (Lei n. 2.044, art. 35, § 32, lY alínea) . Se tOdas desoneram a mesma firma, prefere-se o interveniente co-obrigado (Lei n. 2.044, art. 35, § 82, 2.~ alínea). O primeiro endossante do *warrant* não pode intervir, porque corresponde ao aceitante da letra de câmbio e ao emitente da nota promissória.

CAPÍTULO V

EMPRESA, FUNDO DE EMPRESA E ATIVIDADE EXTERIOR DAS EMPRESAS

§ 1.822. Direito comercial e industrial e empresa

1. COMÉRCIO E EMPRESA. Se bem que, com a generalização da atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais, mais se veja a pessoa que a empresa, o direito comercial não pôde nem podia desvencilhar-se da concepção de empresa, que é mais larga que a de atos de comércio. há atos de comércio que não são atos correspondentes às espécies de empresa; porém todos são atos praticados em empresa (comissão, transportes, agências, manufatura). O direito comercial como o industrial são os ramos do direito privado em que a forma de empresa caracteriza a atividade das pessoas. Comerciantes e industriais não podem prescindir de empresa, que eles constituam, ou na qual entrem. Na dimensão econômica, a empresa é a base da organização e do desenvolvimento da produção e da distribuição. Não importa se provém da atividade de uma só pessoa, ou de muitas; tanto é ela independente da personificação. Quem quer que a analise nas três espécies típicas (empresas industriais, empresas agrícolas, empresas comerciais) logo percebe quão artificial é hoje o direito comercial visto como ramo, à parte, do direito, a que

se pretendeu e se pretende dar existência ao lado dos outros ramos do direito privado. A empresa é comercial, e não agrícola, ou industrial, sOmente porque o seu fim é a produção comercial. Isso não justifica que se trate como algo de heterogêneo em relação às outras espécies de empresa. O fato econômico é o mesmo.

Tem-se, em geral, insistido, demasiadamente, em definição da empresa que apenas lhe apanha o exterior, principalmente em definições que só lhe colhem a atividade comercial. Com isso, deixar-se-iam fora empresas estatais ou paraestatais, que não têm finalidade econômica . A empresa tem funções internas, compõe-se de elementos que, não só coexistem, se põem em relação, sem que haja óbices provindos de se inserirem no todo objetivo direitos reais e direitos pessoais, bens corpóreos e bens incorpóreos. O que mais chama a atenção dos espíritos observadores é a empresa *contar,* dentro de si, com bens e com pessoas, sem que tais bens e tais pessoas tenham apenas o valor que teriam para os outros. A empresa tem critério próprio para a atribuição de valores.

2. EMPRESA E FUNDO DE EMPRESA. Já frisámos que a empresa não se confunde com a soma dos elementos patrimoniais com que conta, razão bastante para não termos, na definição de empresa, referido os bens, que estão a serviço dos fins da empresa. Porém não havemos de cair no excesso oposto, que é o de se reduzir a empresa aos elementos só pessoais da dores de capitais, dirigentes, trabalhadores). O capital que entra para a empresa não é mais do que bens ou feixe de bens com que se faz possível ou mais fácil a função da empresa. Por isso mesmo, não são os acionistas que se fazem elementos pessoais constitutivos da empresa: é a sociedade por ações. Tudo que se passa, lá fora, com os acionistas é indiferente à empresa. Não importa se o acionista está no rol dos que entraram com capitais para a empresa *o.* e para a empresa *b,* sua. concorrente e em luta aberta. Por onde se vê que a generalização da personalidade das sociedades comerciais, industriais e agrícolas, em vez de ser nociva à concepção da empresa, veio dar ensejo a mais viva apresentação da sua estrutura. Concorreu para que se notasse a indiferença da empresa a elementos pessoais, que dela tiram ou podem tirar proveito, porém que não se inserem nela. Quando se tem de examinar a empresa a que Somente corresponde uma pessoa física, parece que se abre exceção àquela indiferença; mas, ainda aí, a pessoa física é algo mais e algo menos do que a empresa: a mesma pessoa física pode ser empresário de transportes e empresário de seguros ou de hotel. A empresa pode ter fundos que a pessoa física a que ela corresponde não tem; e vice-versa.

8. DIRIGENTES. Os dirigentes da empresa podem ter maiores proveitos do que os acionistas, ou do que a pessoa jurídica ou física. Eles é que são os chefes da empresa, se bem que possam não ser órgãos da pessoa jurídica, nem os empresários. Muitas vêzes aqueles precisam satisfazer exigências de competência profissional que aos empresários não se referem, nem eles têm. Outras vêzes, a lei não a dispensa aos empresários. Chefes de empresa são, necessariamente , pessoas físicas.

4. EMPREGADOS. Os empregados, tirante o chefe de empresa, ou os chefes de empresa, são os que trabalham na empresa ou para a empresa. Trabalham ou servem sob ordens e instruções. Os que servem à empresa, sem trabalhar na empresa, ainda que, espacialmente, fora, são os auxiliares externos da empresa, quê não recebem ordens nem instruções, mas apenas encomendas e recomendações.

(a) A participação dos empregados nos lucros das empresas (não necessariamente nos lucros da pessoa física ou jurídica dona da empresa) existe nos usos brasileiros desde séculos, com a figura dos "interessados". Nem sempre o interessado era elevado à categoria de sócio, nem sempre a participação podia ser provento do empregado como locador de serviços, ou como figura do contrato de trabalho. Em verdade, já se esboçava, de muito, a inserção subjetiva do empregado na empresa, de modo que a relação jurídica se tipificava, ultrapassando a de simples locação de serviços ou de contrato de trabalho sem se elevar à de sociedade. Na Constituição de 1946, art. 157, IV, a relação jurídica não é a de sociedade, nem a de locação de serviços ou de contrato de trabalho. Trata-se de relação jurídica especial, pois que os direitos e deveres se irradiam de suporte fáctico em que a qualidade de empregado éum dos elementos. O quanto da percepção não deriva da relação jurídica do contrato de locação de serviços ou do contrato de trabalho, mas de relação jurídica de direito público em que apenas é um dos elementos a relação jurídica do contrato de locação de serviços ou do contrato de trabalho. A diferença é assaz importante; e há tOda a conveniência em que se precise, para se interpretarem as regras jurídicas que se estabelecerem em virtude do art. 157, IV, da Constituição de 1946.

(b) Dentro das empresas, há atividades e deliberações que podem ter o influxo de maior aproximação técnica e consultiva entre empregadores

e empregados, ou entre chefes de empresa e empregados. O maior contacto pode resultar de espontânea iniciativa de uns, ou de outros, pode ser consequência de circunstâncias prementes, pode derivar de incidência de regras jurídicas que partam da apreciação, *de jure condendo,* da necessidade de maior colaboração. As comissões de empresas são um dos expedientes mais prestimosos, ou tendam a menor custo da produção, ou a maior produção, ou a melhora da situação sanitária, intelectual e moral do pessoal da empresa. Os prêmios e as melhorias de salário, de acordo com o que as comissões de empresa resolvem, são outro expediente. As

"representações" das comissões de empresa às assembléias de sociedades por ações são outro exemplo. Na Alemanha, as atribuições das comissões de empresa alcançaram o maior grau de influência, no regime capitalista, com o direito de codeterminação *(Mitbestimmungsreeht),* tal como ocorreu com a Lei federal alemã de 21 de maio de 1951 (cf. GERHARD BOLDT, *Mitbestimmungs Eisen und Kohle,* Múnchen, 1952) e a Lei federal de 14 de outubro de 1952 (conselhos de empresa). Com os conselhos industriais mistos da Grã-Bretanha, muito se obteve, mas apenas no piano negocial.

§ 1.823. Natureza da empresa

1. PRECISÃO DE CONCEITOS. Já vimos que a empresa se não confunde com a pessoa física ou com a pessoa jurídica. Já vimos que a empresa não é o fundo de empresa. Empresa não tem patrimônio; nem é sujeito de direito. A empresa é conceito do mundo fáctico, que se impôs ao mundo jurídico, fora da regulação da personalidade, das relações de credor e devedor e do conceito de massa de bens. Se convinha, ou não, que se cogitasse de empresa, em vez de se cogitar apenas de personalidade, de relação de credor e devedor e de bens e massas de bens, é questão sem sentido; porque o conceito do mundo fáctico, conforme dissemos, se *impôs.* Tal imposição resulta das circunstâncias históricas, da organização econômica, dos fatos da vida. A empresa existe, exatamente porque o mundo jurídico teve de receber o conceito do mundo fáctico. Não existe como pessoa jurídica, porque, se é o aspecto subjetivo correspondente ao aspecto objetivo, que nos dá o conceito de fundo de empresa, não é a empresa sujeito de direito; nem é coisa, ou -patrimônio. Aliás, há outros fatos, como a empresa, de que se pode dizer que existem, sem serem pessoas e sem serem objetos, *e.* g., as sociedades de fato. Nas sociedades de fato e nas empresas, o que é do mundo fáctico e subjetivo entra no mundo jurídico sem obter a subjetividade tipicamente jurídica, que é a

personalidade.

Com isso, a empresa não se rebaixa a objeto, tanto que, se se pode falar de universalidade a respeito de fundo de empresa, não se pode falar de universalidade em se tratando de empresa: não há universalidade de bens onde há pessoas. O fim que se impôs à empresa determina o regime a que obedece.

2. IMPORTÂNCIA E UTILIDADE DO CONCEITO DE EMPRESA. Quando as leis se referem à empresa não se referem à pessoa física ou jurídica, que a tem, nem ao fundo de empresa. O legislador preferiu outro conceito, tirado do mundo fáctico, e a importância dêle cresce de ponto por se haver tornado elemento de suporte fáctico da regra jurídica. Os contratos entre o empregado e o empregador subsistem, a despeito da modificação que tenha havido na situação jurídica dêsse. Não porque passe à empresa o contrato: empresa não é pessoa, mas porque a empresa determina até onde o sucessor do empregador é responsável e até onde continua responsável o empregador originário: não se pode, por exemplo, alienar a emprêsa por partes divisas, discriminando-se quais os empregados que se hão de considerar empregados da parte a e quais os que se hão de considerar empregados da parte b ou da parte *c.* A pessoa física ou jurídica que tem três empresas pode alienar a empresa a, e ficar com a empresa b, considerando-se que o sucessor quanto a *a.* se insere na relação jurídica de empregador a empregado, no tocante à empresa a, e não, evidentemente, no tocante à empresa.

§ 1.824. Projeção da empresa

1. EMPRESA E PROJEÇÃO DE ATIVIDADE. A empresa tem atividade exterior, sem a qual não se poderia sustentar: de fora é que lhe vêm os elementos necessários à sua mantença, *à* sua conservação, melhoramento e crescimento. Subsiste porque se irradia. A irradiação da empresa é direta ou por intermédio de entidades que não são pessoas físicas ou jurídicas, porém, como ela, estabelecimentos, ou que o são, sem que tal fato, ocorrido no mundo jurídico, seja mais, para a empresa, do que acidente.

a) A projeção da empresa, por si só, opera-se por seus empregados (vendedores, compradores, anunciantes, recebedores de encomendas, etc.), de jeito que tal irradiação exterior da empresa é sem qualquer criação ou agregação de *outro* estabelecimento.

e) A projeção da empresa pode ser por intermédio de *outro* estabelecimento secundário, que atende à clientela mais distante, ou a clientela especial. O outro estabelecimento pode ser correspondente a outra pessoa física ou jurídica, ou não (sucursal, agência). As sucursais chegam ao auge com os *chain-stores* dos Estados Unidos da América, que são mais da térça parte do comércio daquele país.

A sucursal pode ser personificada ou não, mas é preciso que haja a unidade de empresa, ou, pelo menos, a subordinação patrimonial à empresa central. É preciso que se não confundam a *fiialidade* e a *sucursalidade.* Filial é estabelecimento- filho, portanto independente; sucursal é estabelecimento ligado, talvez embrião de filial futura, porém, de qualquer maneira, atualmente aderido. O patrimônio é único; única, a empresa: apenas, em vez de pôr os empregados a vender nas ruas, ou casas, ou em viagens, localiza-os alhures, sucursalmente.

O empregado da sucursal tem mais liberdade de movimentos do que os empregados que vão e vêm, mas é o centro que dá a medida dessa liberdade e seria errôneo atribuir-se a ela característica da sucursal, inclusive quanto à contabilidade. O elemento localização alhures (= instalação material distinta) passa à frente; donde a especialização, espacial ou não, da clientela. Sem clientela não há sucursalidade: o entreposto, a fábrica, a usina, que se ergueu como corpo secundário, não é sucursal. Cria-se sucursal para se servir ou criar clientela.

c) Se o viajante, o vendedor, ou o comprador, ou o agente de reclames não é parte do pessoal da empresa, não há pensar-se em a), nem em *b).* São auxiliares independentes,

que oferecem seus serviços às empresas. Os caixeiros-viajantes, se recebem salário da empresa, entram na classe a).

2. CONCENTRAÇÃO E FUSÃO DAS EMPRESAS . As empresas concentram-se quanto uma faz seus satélites outras empresas; fundem-se quando duas ou mais de duas se tornam uma só. A absorção é à base dos dois fatos econômicos, com repercussão no mundo jurídico; o grau da absorção diferença-as. Ou a absorção se opera horizontalmente (= agregação homogênea), pela concentração ou fusão de empresas congêneres; ou pela concentração ou fusão de empresas cujas atividade são conexas (absorção vertical agregação

heterogênea), como. a de empresa de fabrico, empresa de distribuição e empresa consumidora. Por vêzes, juridicamente, nada se revela ou percebe: tudo ocorre, então, no mundo fáctico, como se a empresa *a.* adquiriu o contrôle das empresas b e e, ou, através de grupo financeiro, mantém as maiorias nas assembléias gerais, ou se os que controlam as diferentes empresas se aliam, para atividades em comum.

Note-se que tudo se passa como se não importasse a personalidade jurídica; às vêzes, para que a personalidade jurídica não se imponha ou não se interponha.

A fusão pode realizar-se, no mundo fáctico, ou nêle e no mundo jurídico, entre empresas, passando a haver unicidade de direito de propriedade, compropriedade, ou propriedade fiduciária, ou unicidade, cotitularidade ou fiduciariedade de outros direitos que o de propriedade em senso estrito. Nos consórcios, as empresas não perdem a sua existência e atuação à parte; idem, nas sociedades entre sociedades, em conta de participação.

O que mais importa é saber-se se a absorção vertical ou horizontal se operou só no mundo fáctico, ou no mundo fáctico e no mundo jurídico, ou, no mundo jurídico, se atingiu a personalidade. Donde poder haver absorção de empresas sem se ter dado absorção de pessoas. Tais assuntos hão de ser tratados a seu tempo, principalmente quando versarmos a matéria das sociedades e dos consórcios. Contrato de consórcio não é contrato de sociedade, a despeito da presença de elementos comuns. Aqui, só nos interessam a empresa, o fundo de empresa e a mercadoria no que tais conceitos sirvam à teoria da propriedade mobiliária.

O contrato de consórcio exaurgiu com a industrialização e o capitalismo contemporâneo. A máquina alterou o ritmo da. vida econômica; e a vida econômica, com a intensificação da concorrência engendrou o consórcio e outros expedientes de absorção. No fundo, a concorrência teve de suscitar impul-. sos contraditórios de *intensificação* e de *eliminação* da concorrência

CAPÍTULO VI

TITULOS REPRESENTATIVOS

1.PROPRIEDADE MOBILIÁRIA E TÍTULOS REPRESENTATIVOS.

Chamam-se títulos representativos aqueles em que não só se incorporaram nos títulos os direitos, os títulos mesmos passam a fazer as vêzes dos bens corpóreos. Algo acontece que vai além da incorporação do direito no título, como se da com os títulos cambiários e cambiariformes: o bem corpóreo juridicamente se insere no título. Quem tem a posse do titulo tem a posse da mercadoria: se o titulo é o conhecimento de depósito, a posse é própria, mediata, sendo posse mediata de credor pignoratício a do portador do *warrant* e posse imediata a da empresa de armazéns gerais. Quem tem a propriedade do conhecimento de depósito tem a propriedade das mercadorias. Quem tem a propriedade do *warrant* tem o direito de penhor sôbre as mercadorias. Tradição dos títulos é tradição das mercadorias. Tradição do conhecimento de depósito é tradição da posse mediata própria das mercadorias. Tradição do *warrant* é tradição da posse mediata do credor pignoratício, quanto às mercadorias. O título circula, sem que, fâcticamente, as mercadorias circulem; mas, juridicamente, circulação dos títulos é circulação das mercadorias; sem saírem dos armazéns gerais, sem que êsses estejam, sequer, abertos *(e.* .q., aos domingos), as mercadorias circulam, para o mundo jurídico, porque circulam os títulos. Se os gerentes dos armazéns gerais as tiram de um salão para outro, ou de um prédio para outro prédio, nada, juridicamente, se passou para os títulos e, pois, para as mercadorias.

-r

416

Os juristas que reduzem o direito do possuidor do tiulo a direito de crédito adulteram a realidade. O dever e a abrigação o depositário, na espécie da empresa de armazéns gerais, é a obrigação pessoal oriunda do depósito, mas atenda-se a que o contrato é real e a ação não a simples ação do credor de prestação de coisa prometida. O portador do conhecimento de depósito e o portador do *warrarjt* são possuidores, além de titulares do direito real. Se alguém, que é portador do conhecimento de depósito, *vende* a mercadoria sem endossar ao comprador o conhecimento de depósito, obriga-Se, parem não transmite propriedade: a propriedade das mercadorias armazenadas, a respeito das quais se emitiram títulos representativas, só se transmite por endosso. Se vendeu as mercadorias e endossou o título, incorreu

em supérflua constituição de negócio jurídica transmitiu, e prometeu transmitir. A invocação do art. 620, 23

parte, da Código Civil, que ocorreu a TULIO ASCARELLI <*Teoria Geral dos* crédito, 432), não é só errônea: é de toda propósito.

O que dissemos sobre os conhecimentos de depósito e a que dissemos sobre os *warrantt* também se entende quanta aos outros títulos a que a lei permita "representarem" bens como objeto de dominio e como objeto de penhor.

Representatividade por títulos somente existe se a lei a cria. Fatos como incorporação e representação só se podem passar no mundo jurídico. Sé o direito os pode colorir.

2.

ARMAZES GERAIS. Na Lei ri. 1.102, de 21 de dezembro de 1903, estatui o art. 1.0, alíneas 1ª e .a: "As 2

pessoas naturais ou jurídicas, que pretenderem estabelecer empresas de armazéns gerais, tendo por fim a guarda e conservação de mercadorias e a emissão de títulos especiais, que as representem, deverão declarar à Junta Comercial do respectivo distrito: 1ª, a sua firma, ou, se se tratar de sociedade anônima, a destaca que lhe *for* própria, o capital da empresa e o domicilio , a denominação , a situação, o número, a capacidade, a comodidade e a segurança dos armazéns; 39, a natureza das mercadorias que recebem em depósito; 4ª~ as operações e serviços a que se propõem.

A essas declarações juntarão a) o regulamento interno dos armazéns e da sala de vendas públicas; *b)* a tarifa remuneração do depósito e dos outros serviços; e) a certidão do contrato social ou estatutos devidamente registados, se se tratar de pessoa jurídica".

Os conceitos principais são os seguintes: o de armazéns gerais como empresa ; o de finalidade de guarda e eonservação; o de especialidade dos titulos a serem emitidos, que *representem as* mercadorias *(verbis* "que as representem").

O armazém é geral, porque todas as pessoas podem neles depositar mercadorias, desde que se legitimem e se sujeitem às exigências legais e regulamentares *(„verbis* "o regulamento interno dos armazéns").

As finalidades são a de guarda e conservação das mercadorias e a de

emissão de titulos representativos. Escapa às regras da Lei n. 1.102 o título que provém de depositário, SE a lei não lhe permite representar mercadoria; bem assim, o que representa, sem ser após depósito em armazém geral

A representatividade dos títulos é o fatos que a lei conferiu ao ato de criação dos titulas. Os armazéns, inclusive os armazéns gerais, no sentido de generalidade de acesso, no sentido de *horrea publica fiscalia* mi *privata,* podem ser depositários, com todas as conseqüências jurídicas, menos a representatividade dos titulos: há os documentos dos depósitos, pertenças dos créditos, e n~o os títulos representativos

A função do armazém *geral* com a criação dos "titules especiais", de que fala a Lei n. 1.102, é a de feitura e subserição de títulos que "representem" as mercadorias. ~ inconfundível com a outra função, que é a de sujeito passivo de direito na relação jurídica de depósito. O depositario, incluse a empresa de armazéns "gerais" (e. g.

guarda-móveis armazéns de mercadorias), tem a mesma posição jurídica da empresa de armazéns gerais de que cogita a Lei nº. 1.102, *menos a* poder de criar titules representativos~ para cuja criação a ki mesma preestabeleceu requisitos e cercou de cautelas.

A *representatividade* vai além da incorporar o direito nos títulos. O tato da incorporação dá-se a respeito dos títulos representativos: a representatividade é plus. Porém nem todos os títulos em que o direito se incorpora to representativono sentido de fazerem as vêzes de bens corpóreos. Foi-se até ai para que o titulo, que pode circular mais facilmente circulasse, representando a mercadoria depositada.

(Juristas que não pesam o que dizem falam de mobilizar crédito ou mobilizar mercadorias. Os créditos são bens móveis, de regra; as mercadorias, também. O que se tem por fito quanto a títulos emitidos por armazéns gerais é a substituição da circulabilidade das mercadorias pela circulabilidade maia fácil dos títulos. > O assunto dos armazéns gerais, em tratado sistemático, tem de ser pôsto em diferentes ramos do direito privado. O

warrant pertence aos títulos de crédito e pertence ao penhor; o conhecimento de depósito, êsse, não pode ser

omitido ao se tratar da propriedade mobiliária; razão por que aqui o temos.

de examinar, mas apenas no que interessa a êsse Tomo XV. *A* Lei n. 1.102 permite que alfândegas, apontadas pelo Poder Executivo,

possam criar conhecimentos de depósito e *warrants* (art. 29: “O Govêrno Federal designará as Alfândegas que estiverem em condições de emitir os títulos, de que trata o Capítulo II, sôbre mercadorias recolhidas em seus armazéns, e, por decreto expedido pelo Ministério da Fazenda,. dará as instruções sôbre o respectivo serviço e a tarifa”. No art. 2.0, parágrafo único, acrescentou: “Os títulos ema nados destas repartições serão em tudo equiparados aos que as empresas particulares emitirem, e as mercadorias por eles representadas ficarão sob o regime da presença.

Ainda no art. 89 foi dito: “Nas estações de estrada de ferro da União poderá o Govêrno, por intermédio do Ministério da Indústria, Viação, e Obras Públicas, estabelecer armazéns gerais, expedindo as necessárias instruções e a tarifa, sendo aplicada às mercadorias em depósito e aos títulos emitidos a disposição do parágrafo único do art. 2.0” No art.

89, parágrafo único: “As companhias ou empresas particulares de estrada de ferro ficarão sujeitas às disposições do art. 1.0, se quiserem emitir os títulos de que trata o Capítulo II, sôbre mercadorias recolhidas a armazéns de suas estações, devendo apresentar com as declarações a que se refere aquele artigo, autorização especial do Govêrno que lhe fêz a concessão”. O requisito da permissão estatal é plenamente justificável: é a unidade política que pode examinar a situação de idoneidade da empresa. Dá-se o mesmo quanto às empresas ou companhias de docas, a respeito das quais estatui o art. 4□0, alíneas, 1.a~4.a: “As empresas ou companhias de docas que recebem em seus armazéns mercadorias de importação e exportação (Decreto legislativo n. 1.746, de 13 de outubro de 1869, art. 1.0) e os concessionários de entrepostos e trapiches alfandegados poderão solicitar do Govêrno Federal autorização para emitirem sôbre mercadorias em depósitos os títulos de que trata o Capitulo II, declarando as garantias que oferecem à Fazenda Nacional e apresentando o regulamento interno dos armazéns e a tarifa remuneratória do depósito e de outros serviços a que se proponham. Nestes regulamentos serão estabelecidas as relações das companhias de docas e concessionários de entrepostos e trapiches alfandegados com os empregados aduaneiros. A autorização para a emissão dos títulos e a aprovação do regulamento e tarifa serão dadas por Decreto expedido pelo Ministério da Fazenda. Nenhuma alteração será feita ao regulamento ou à tarifa sem as mesmas formalidades, prevalecendo a disposição da segunda parte do § 8.0 do art. ~ No parágrafo único: “Obtida a autorização, as docas, os entrepostos particulares e os trapiches alfandegados ficarão sujeitos às disposições da presente lei, adquirindo a qualidade de armazéns gerais”.

8. MATRÍCULA DOS ARMAZÉNS GERAIS. As pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam empresas de estrada de ferro, nem de docas, entrepostos ou trapiches alfandegados, podem livremente requerer matrícula no registro do comércio, satisfazendo o art. 1.0 da Lei n. 1.102. As empresas de estrada de ferro precisam de permissão estatal e do requerimento de matrícula; as empresas de docas, entrepostos e trapiches alfandegados, de permissão estatal, observadas as regras jurídicas do art. 49 da Lei n. 1.102.

Se é preciso a matrícula, estabelece o art. 1.0 da Lei n. 1.102: "A Junta Comercial, verificando que o regulamento interno não infringe os preceitos da presente lei, ordenará a matrícula do pretendente no registro do comércio e, dentro do prazo de um mês, contado do dia desta matrícula, fará publicar, por edital, as declarações, o regulamento interno e a tarifa". O § 29: "Arquivado na secretaria da Junta Comercial um exemplar das fôlhas em que se fizer a publicação, o empresário assinará termo de responsabilidade, como fiel depositário dos gêneros e mercadorias que receber, e só depois de preenchida esta formalidade, que se fará conhecida de terceiros por nôvo edital da Junta, poderão ser iniciados os serviços e operações que constituem objeto da empresa". "As alterações ao regimento interno e à tarifa entrarão em vigor trinta dias depois da publicação, por edital, da Junta Comercial, e não se aplicarão aos depósitos realizados até à véspera do dia em que elas entrarem em vigor, salvo se trouxerem vantagens e benefícios aos depositantes".

O empresário tem os armazéns gerais e o poder de criar os títulos especiais, *representativos.* Mas tal poder Somente começa após a assinatura do termo de responsabilidade, mesmo que ainda não tenha sido publicado, por edital, o ato, porque a exigência do edital é para cognição por terceiros e o depositante que trata com a empresa após a assinatura do termo e recebe os títulos especiais *conhece* o preenchimento da formalidade do termo .

As alterações ao regimento interno e às tarifas, se favoráveis aos depositantes, entram em vigor imediatamente após a publicação do edital; se desfavoráveis, Somente no trigésimo dia após a publicação.

Diz o art. 1.0, § 69, da Lei n. 1.102: "As publicações a que se refere êste artigo devem ser feitas no "Diário Oficial" da União ou do Estado e no jornal de maior circulação da sede dos armazéns gerais e à custa do interessado".

4. EMPRESÁRIOS, ADMINISTRADORES E EMPREGADOS. “Os administradores dos armazéns gerais”, diz o art. 19, § 4~O, da Lei n. 1.102, “quando não forem os próprios empresários, os fiéis e outros prepostos, antes de entrarem em exercício, receberão do proponente nomeação escrita , que farão inscrever no registro do comércio (Código Comercial, arts. 74 e 10, n. 2)”. E o § 5.~: “Não poderão ser empresários, administradores ou fiéis de armazéns gerais os que tiverem sofrido condenação pelos crimes de falência culposa ou fraudulenta, estelionato, abuso de confiança, falsidade, roubo ou furto”.

5. AFIXAÇÕES À PORTA DAS EMPRESAS PÚBLICAS E PARTIcUlARES. „Na porta principal dos entrepostos públicos ou armazéns das Alfândegas e das estações de estradas de ferro da União (arts. 29 e 8.0), nas dos estabelecimentos mantidos e custeados por empresas particulares (arts. 1.0 e *49)* e nas salas de vendas públicas (art.

28) serão afixados, em lugar visível, as instruções oficiais ou o regulamento interna, e a tarifa e exemplares impressos destas peças serão entregues, gratuitamente, aos interessados que os solicitarem” (Lei n.

§ 1.826. Deveres das empresas de armazéns gerais

1. LivRos. “Além das livros mencionados no art. 11 do Código Comercial”, diz a art. 79, alínea 1.“, da Lei n.

1.102, “as empresas de armazéns gerais são obrigadas a ter, revestido das formalidades do art. 18 do mesmo Código, e escriturada rigorosamente dia a dia, um livro de entrada e saída de mercadorias, devendo os lançamentos serem feitas na forma do art. n. 88, n. II, do citado Código, sendo anotadas as consignações em pagamento (art. 22), as vendas e tOdas as circunstâncias que ocorrerem relativamente às mercadorias depositadas”. O art. *79,* alínea 2.“, acrescenta: “As docas, entrepostos particulares e trapiches alfandegados lançarão naquele livro as mercadorias estrangeiras sujeitas a direitos de importação, sôbre as quais, a pedido do dono, tenham de emitir os títulos do art.

15”. E o art. 79, alínea 3.~: “O Govêrno, nas instruções que expedir para as Alfândegas e armazéns de estrada de ferro da União,

determinará os livros destinados ao serviço de registro das mercadorias, sObre as quais forem emitidos os títulos do art. 15 e seus requisitas de autenticidade".

Os livros de que fala o art. 11 do Código Comercial são o Diário e o Copiador; o livro de entrada e saída há de ser encadernado, selado e rubricado em todas as suas fOlhas, e escriturado rigorosamente dia a dia. O art. 88, 29, exige a numeração, pela ordem cronológica de dia, mês e ano, dos lançamentos relativos aos efeitos que se receberem, especificando-se, com toda a clareza e individuação, as qualidades e quantidades dos mesmos efeitos e os nomes das pessoas que os remeterem e a quem, com as marcas e números que tiverem, anotando, competentemente, a sua salda.

É precisa não se confundirem tais lançamentos com as *anotações* relativas às consignações em pagamento (Lei n.

1.102, art. 22), "às vendas e tOdas as circunstâncias, que ocorrerem relativamente às mercadorias depositadas" (Lei n. 1.102, art. 7.0). O que se anota tem a sua data própria, embora seja com referência a lançamento *anterior* de mercadorias. O livra especial há de ter lugar para as anotações .

A respeito de armazéns gerais, pelo menos os que são regidos pela Lei n. 1.102, o princípiO, que preside à atividade da empresa no tocante aos que procuram depositar, é o *principio de igual tratamento ao público,* que também se encontra em relação a outras *empresas de serviço ao público,* ainda que não-pertencente Estado. Mas, a propósito de cada espécie, o principio apresenta variações decorrentes da natureza do serviço, razão por que, acertadamente a lei sói explicita-lo e apontá-lo em suas aplicações mais assaltantes. Dêle cogitaremos a propósito de cada espécie.

2. LIMITAÇÕES À ATIVIDADE DAS EMPRESAS DE ARMAZÉNS GERAIS. Não podem os armazéns gerais (empresa.5 partículares, Alfândegas, estações de estradas de ferro da União, empresas ou companhias de docas, entrepostos e trapiches alfandegados):

Estabelecer preferência entre os depositantes, a respeito de quaisquer serviço (Lei n. 1.102, art. 8, § 19). Portanto, não podem receber as mercadorias da mesma pessoa física ou jurídica que tem a empresa, nem de qualquer outra, negando-se a receber as de outrem, ou protraindo o recebimento, ou invertendo a ordem cronológica do

recebimento e dos lançamentos; nem concluir contrato em que o recebimento com preferência seja cláusula contratual. jnfringe a lei a própria preferência pela quantidade ou qualidade; salvo se os armazéns gerais têm seções para determinadas mercadorias, devido à conservação especifica, e as mercadorias que se apresentam não correspondem às seções que têm lugares disponíveis e não poderiam ~em dano a outras mercadorias ser alojadas em seções que lhes não correspondam.

II. Recusar o depósito, exceto: *a)* se a mercadoria, que se deseja armazenar, não fôr tolerada pelo regulamento interno; *b)* se não houver espaço para a sua acomodação; *e)* se, em virtude de condições em que ela se achar, puder danificar as já depositadas (Lei n. 1.102, art. 8.0, § 2.0). Se o valor das mercadorias parecer insuficiente para assegurar o pagamento das despesas com que terá de arcar o depositante, pode a empresa exigir deposito ou outra segurança de futuro adimplemento.

III. Abater o preço marcado na tarifa em beneficio de qualquer depositante (Lei n. 1.102, art. 8.% § 3.0). Trata-se de mais unia das aplicações, a terceira, do princípio de igual tratamento ao público, de que antes se falou. Se a empresa faz o abatimentO, incorre em multa, conforme o art. 32 da Lei n. 1.102. Inserta em negócio jurídico a cláusula de abatimento para alguém, qualquer interessado tem tal quantia como resultante de alteração de tarifa para todos (Lei n. 1.102, art. g9, 39, combinado com o art. 19, 4~0, *b),* e § 89).

IV. Exercer o comércio de mercadorias idênticas às que se propõem receber em depósito e adquirir, para si ou para outrem, mercadorias expostas à venda em seus estabelecimentos, ainda que seja a pretexto de consumo particular (Lei n. 1.102, art. 89. § 49). O que se proibe é o exercício de comércio de mercadorias idênticas às que figuram nas declarações que foram feitas por ocasião do requerimento de matricula (Lei ii. 1.102, art. 1.0, 39 e no regulamento, ou nas instruções de que falam os arts. 29 e 89 e no regulamento interna e na tarifa referidos no art. 49. Quanto à aquisição, a limitação do art. 8.0, § *49,* apanha as mercadorias expostas à venda em seus estabelecimentos, quer em salas de vendas públicas (arta. 28 e 29), quer em consequência de adimplemento ao podador do *warrant* (arts. 23-26), ou de perda do wa *rrant* (art. 27). Não pode a empresa de armazéns gerais ser endossatária de conhecimento de depósito ou- de *warrants* porque estaria a negociar com mercadorias idênticas às mencionadas nas declarações, no regulamento, na tarifa ou nas instruções; e porque se previu a espécie no art. 89, § 50

V. Emprestar ou fazer por conta própria ou alheia qualquer negociação . sObre títulos que emitirem (Lei n. 1.102, art. 5~0, § 5.0). Assim não se entendia no direito anterior (Decreto n. 2.052, de 24 de abril de 1897, art. 11), mas, *de jure condendo,* sem razão,. conforme antes mostramos. A proibição resulta do próprio art. 8.0, 4,0, 1,a e 2.~ partes: quem adquire conhecimento do depósito adquire mercadorias e provàvelmente é ato de comércio o endosso. Por outro lada, a permissão abriria podas a abusos e duplicidade de interesses das empresas. Incorrem nas penas do art.

35 da Lei n. 1.102 os empresários ou administradores de armazéns gerais que fizerem empréstimos ou quaisquer negociações por conta própria ou de terceiro sObre títulos que emitirem. Não só os empresários: também os administradores.

8. DEVER DE DOCUMENTAÇÂO. Diz o art. 6.0, alíneas 1.~ e ,a, da Lei n. 1.102: "Das mercadorias confiadas 2

à sua guarda, os armazéns gerais passarão recibo declarando nêle a natureza, quantidade, número e marcas, fazendo pesar, medir ou contar, no ato do recebimento, as que forem suscetíveis de ser pesadas, medidas ou contadas. No verso dêste recibo serão anotadas pelo armazém geral as retiradas parciais das mercadorias, durante o depósito". O

recibo é documento pertença do crédito, semelhante àquele de que trata o art. 88, 8.0, de Código Comercial, que hão de passar os trapicheiros e administradores de armazéns de depósito. Nenhuma eficácia representativa tem, nem, sequer, se pode pensar em que o direito se incorpore no título. Exatamente nisso é que se distinguem os armazéns gerais que a Lei n. 1.102 regula e os outros armazéns "gerais~": aqueles podem criar títulos representativos.

Querendo alienar as mercadorias, o depositante tem de vendê-las, ou doá-las, ou trocá-las, em negócio jurídico de disposição, e entregar o recibo como adimplemento da obrigação resultante negócio jurídico consensual, ou elemento de tradição ao donatário. Tal recibo há de ser substituído por outro, ao se apresentar à empresa de armazéns gerais o adquirente, se o dispõe o regulamento interno, ou se isso consta das instruções; se nada se previu, no verso do recibo há de ser anotada a transferência da propriedade e da posse própria mediata. Os recibos não legitimam portadores, de jeito que, se A depositou mediante o recibo e B se apresenta com êle, não pode a empresa de armazéns

gerais entregar a B as mercadorias, Somente mediante a exibição. O recibo não é título de legitimação.

Se quem exibe é A, tem a empresa de armazéns gerais de entregar as mercadorias. Para que B possa retirar as mercadorias, é preciso que E alegue e prove tê-las adquirido e exiba o recibo, que há de ser restituído à entrega (Lei n. 1.102, art. 6.0, parágrafo único, 1?‟ parte: "O recibo será restituido ao armazém geral contra a entrega das mercadorias ou dos títulos do art. 15, que, a pedido do dono, forem emitidos"). Pode dar-se que o depositante se faça representar, ou dê ordem *(deliver*‟*y order)* à empresa de armazéns gerais para a entrega ao portador do recibo, ou a determinada pessoa, que então o restitua. Pode, assim, o terceiro ser apenas empregado do depositante, ser simples servidor da posse.

O recibo pode perder-se; e o dono das mercadorias, para retirar as mercadorias, tem de alegar e provar a perda do documento, que não é suscetível de endOsso. A restituição das mercadorias é, então, mediante declaração do depositante de que perdeu, ou lhe foi furtado, ou roubado, ou foi destruído o documento. Se a alegação do depositante foi falsa e cedera êle o direito às mercadorias e o recibo, responde civil e criminal-mente; nenhum direito real tem o cessionário. Ocorre o mesmo se o depositante promete transferir as mercadorias a B e alega e prova que perdeu, ou foi furtado, roubado ou destruído o recibo, e depois promete transferir a C e lhe entrega o recibo. Tudo se resolve em questão de transmissão da posse: a transmissão da posse das mercadorias pode dar-se por ato do depositante e o adquirente, perante a empresa de armazéns gerais. Em nenhum lugar da Lei n. 1.102 se deu ao recibo outro caráter que o de documento. A empresa de armazéns gerais pode não se satisfazer com a prova. Tem o direito de retenção. A solução é ir a depositante a juízo para que, julgando a alegação de impossibilidade da entrega do recibo, condene à entrega a empresa de armazéns gerais. Tais espécies, previstas, em parte, de relance, no livro *Dos Títulos ao portador* (2.a ed. 9, II, 827>, não são ociosas, como pareceu a J. C. SAMPAIO DE LACERDA *(Da Negociabilidade dos títulos emitidos por armazéns gerais e seus ei eitos,* 41), que confundiu recibo e título de legitimação.

Tratando-se de mercadorias estrangeiras, sujeitas a direito de importação, têm de ser observados os regulamentos fiscais (Lei n. 1.102, art. 69, alínea 8.~).

O recibo tem de ser restituído, se possível, por ocasião da entrega das mercadorias, ou para ser substituído por outro, quando se dê

transferência das mercadorias, ou quando se entreguem os títulos do art. 15, que, a pedido do dono, forem emitidos (Lei n. 1.102, art. 6.0, parágrafo único, 13 parte).

As empresas de armazéns gerais têm de devolver aos portadores do conhecimento de depósito e do *warrant* o recibo, ou fazer nOvo, sempre que aqueles o prefiram (art. 6.0, parágrafo único, a parte: "A quem 2~

tiver direito de livre

disposição das mercadorias, é facultado, durante o prazo do depósito (ari. 10), substituir êsses títulos por aquele recibo").

§ 1827. Negocio jurídico entre empresa de armazéns

gerais e dono das mercadorias depositadas

1. NEGÓCIO JURÍDICO DE ARMAZENAGEM. O negócio jurídico de armazenagem ou é de depósito, ou de locação. Tratando-se de armazéns gerais regidos pela Lei n. 1.102, é sempre negócio jurídico de depósito, quer se trate de depósito de coisas determinadas, quer da mesma natureza e qualidade, pertencentes a diferentes donos (art.

12: "Nos armazéns gerais podem ser recebidas mercadorias da mesma natureza e qualidade, pertencentes a diversos donos, guardando-se misturadas. Para êste gênero de depósito deverão os armazéns gerais dispor de lugares próprios e se aparelhar para o bom desempenho do serviço. Às declarações de que trata o art. 1.0 juntará o empresário a descrição minuciosa de todos os aprestos do armazém, e a matricula no registro da comércio sOmente será feita depois de exame mandado proceder pela Junta Comercial, por profissionais e à custa do interessado"). No art. 69 da Lei n. 1.102, só se cogita de "natureza e quantidade" das mercadorias; no art. 79 da Lei n. 1.102, remissivo ao art.

88, 2.0, do Código Comercial, diz-se que o lançamento há de especificar "com tOda a clareza e individuação as qualidade e quantidades dos mesmos efeitos". A qualidade não individualiza; pode, quando muito, concorrer para"isso. Ou as mercadorias são depositadas como mercadorias inconfundíveis e não incomistáveis, ou são mercadorias que o acOrdo do depositário e do depositante expõe à confusão ou comistão.

A Lei n. 1.102, art. 12, fala de serem guardadas as mercadorias, "misturadas". O que importa, aí, é a parcialização da coisa (confusão) ou a comistão. As mercadorias, que antes existiram como *res,* passam a ser *partes integrantes.* Ç a confusão, ou a acessão. Mas é possível que o fato jurídico *strieto seneu* seja diferente: haja comistão, e não confusão, ou adjunção em sentido estrito. A comistão ocorre quando as mercadorias são áridas e de tal modo se põem em relação espacial de proximidade que se lhes esquece a identidade.

2. "DE IURE CONDENDO" E "DE TURE CONDITO" Tem-se discutido se a lei brasileira fêz bem em não exigir a determinação da qualidade se as mercadorias não se vão confundir ou comistar, e as opiniões são divergentes. Primeiro, quer se trate de mercadorias inconfundíveis e incamistáveis, quer de mercadorias regidas pelo art. 12 da Lei n. 1.102, o lançamento menciona a qualidade, porque a ela se refere o art. 88, 2.0, do Código Comercial, a que o art. 79 da Lei n. 1.102 remete. O problema sOmente surge a respeito dos requisitos dos títulos especiais (conhecimento de depósito e *warrant).* Não é fácil, para os pressupostos de títulos circuláveis, aludir-se a qualidade ou a preço. Donde ser acertado que se não faça requisito essencial a indicação da qualidade, se a qualidade não é *comum* às mercadorias em confusão ou comistão. Se depositário e depositante acordam em mencioná-la, a despeito de se terem depositado mercadorias identificadas, nada obsta a que conste do conhecimento de depósito e do *warrant* a referência. Não há proibição; mas, também, não há exigência legal de se aludir à qualidade.

A qualidade, como universal, tem de ser declarada se o depósito é de mercadorias pertencentes a diversos donos e

"guardadas misturadas". A solução de se poder mencionar a qualidade, por exigência do depositante, sem responsabilidade da empresa de armazéns gerais, é contrária ao sistema jurídico brasileiro: primeiro, porque a alusão, nos lançamentos, pode ser tal como "pareça" ao depositário au tal como "pareça" ao depositante; segundo, porque as mercadorias podem estar envolvidas, enlatadas, empacotadas, enfardadas, com as suas marcas e mais sinais distintivos. Fêz bem a Lei n. 1.102 em relegar o art. 1.0, § 1.0, e), do Decreto n. 2.502, de 24 de abril de 1897.

O § 29 do art. 12 da Lei n. 1.102 atribui ao Govêrno Federal, em se tratando de docas, entrepostos particulares e trapiches alfandegados, a verificação que, no art. 6.0, alínea 8, se deu à Junta Comercial.

Se o depósito é de mercadorias misturadas, dá. a Lei n. 1.102 regras jurídicas que decorrem da natureza do depósito("Neste depósito", diz o art. 12, § 1.0, "além das disposições especiais na presente lei, observar-se-ão as seguintes") : 19, a empresa de armazém geral não é obrigada a restituir a mercadoria recebida (ou está em confusão ou comistão), entrega "mercadorias da mesma qualidade"; 29, a empresa de armazéns gerais responde por perdas e avarias da mercadoria, ainda mesma em caso de fôrça maior (cp. o Código Civil,. art. 1.277, relativo ao depósito de direito comum).

3. FISCALIZAÇÃO . O sistema jurídico brasileiro parte, em matéria de empresas de armazéns gerais, do *principio de livre iniciativa* e afasta, de regra, a exigência de permissão estatal. 0 fato de existirem estabelecimentos estatais não der-roga o princípio. O Estado, com as suas empresas de armazéns gerais, não excetua o principio da livre iniciativa. Pode haver o principio da livre iniciativa e, não obstante, o da necessidade da permissão estatal (dita

"autorização do Govêrno").

O Brasil tem o principio da livre iniciativa e só se exige a permissão do Govêrno em se tratando de empresas particulares de estradas de ferro, e empresas de docas que recebem em seus armazéns mercadorias de importação e exportação, entrepostos e trapiches alfandegados.

Quanto à fiscalização, há as regras jurídicas sôbre as empresas que não precisam de permissão estatal e as regras jurídicas sôbre as empresas que precisam de permissão estatal. No tocante àquelas, diz o art. 13 da Lei n. 1.102: "Os armazéns gerais ficam sob a imediata fiscalização das Juntas Comerciais, às quais os empresários remeterão até o dia 15 dos meses de abril, julho, outubro e janeiro de cada ano um balanço, em resumo, das mercadorias, que, no trimestre anterior, tiverem entrado e saído e das que existirem, bem como a demonstração de movimento dos títulos que emitirem, a importância dos valores que com os mesmos títulos forem negociados, as quantias consignadas, na conformidade do art. 22, e o movimento das vendas públicas, onde existirem as salas de que trata o Capítulo II. Até o dia 15 de março as empresas apresentarão o balanço detalhado de todas as operações e serviços realizados, durante o ano anterior, nos armazéns gerais e salas de vendas públicas, fazendo-o acompanhar de um relatório circunstanciada, contendo as considerações que julgarem uteis". No tocante às Alfândegas, docas, entrepostos particulares e trapiches alfandegados ficarão, segunda o § 1.0 do art. 13, "sob a

exclusiva fiscalização do Ministério da Fazenda, e os armazéns das estações de estradas de ferro da União sob a do Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas. Os inspetores das Alfândegas, empresas ou companhias de docas, concessionários de entrepostos e trapiches alfandegadas e diretores de estradas de ferro federais enviarão nas épocas acima designadas os balanços trimensais e o balanço e o relatório anuais ao respectivo Ministério".

Além disso, "o Ministério da Fazenda, o da Indústria, Viação e Obras Públicas e as Juntas Comerciais poderão, sempre que acharem conveniente, mandar inspeccionar os armazéns sob sua fiscalização, a fim de verificarem se os balanços apresentados estão exatos, ou se têm sido fielmente cumpridas as instruções ou o regulamento interno e a tarifa". O nome do segundo Ministério mudou.

4. EXAME DAS MERCADORIAS E CONFERENCIA DAS AMOSTRAS . Aos interessados são permitidos "o exame e a verificação das amostras", podendo a empresa de armazéns gerais indicar, no regulamento interno, as horas para êsse fim e tomar as cautelas necessárias (Lei n. 1.102, art. 9.0). Tratando-se de mercadorias que ficam em confusão ou comistão (Lei n. 1.102, art. 12), são elas "examinadas pelas amostras que deverão ser expostas no armazém" (art. 99, parágrafo único).

§ 1.828. Responsabilidade das empresas de armazéns gerais

1.FINALIDADE DOS ARMAZÉNS GERAIS QUE CRIAM TÍTULOS REPRESENTATIVOS. O instituto dos armazéns gerais erigiu-se pela técnica de estrita responsabilização em regras jurídicas cogentes a respeito das suas operações e da próprio fato jurídico do depósito, e pela invenção técnica da representação. Têm as empresas de aparelhar-se mais eficientemente do que as outras, para que as mercadorias depositadas estejam em situação de boa guarda e de segura conservação *(e.* g., armazéns vastos e arejados, frigoríficos, exaustores de umidade), de organizar pessoal suficiente e apto, por vêzes empregados especializados que Somente grandes empresas poderiam manter, de ter sala ou salas de vendas e lugares em que possam ser examinadas as amostras e verificadas as mercadorias.

2.RESPONSABILIDADE (REGRAS JURÍDICAS COGENTES E REGRA JURÍDICA DISPOSITIVA UNILATERAL). As responsabilidades da empresa de armazéns gerais não podem ser diminuídas; podem ser

aumentadas (Lei n. 1.102, art. 37, parágrafo único). Diz o art. 37: “São nulas as convenções ou cláusulas que diminuam ou restringiam as obrigações e as responsabilidades que, por esta lei, são impostas às empresas de armazéns gerais e aos que figuram nos títulos que elas emitirem”. No art. 37, parágrafo única, alíneas 1a e 2.~, acrescenta~se: “Ao contrário, podem os armazéns gerais se abrigar, por convenção com os depositantes e mediante a taxa combinada, a indenizar o~ prejuízos acontecidos à mercadoria por avarias, vícios intrínsecos, falta de acondicionamento e mesmo pelos casos de fôrça maior. Esta convenção, para que tenha efeitos para com terceiros, deverá constar dos títulos de que trata o art. 15”.

A alusão à fôrça maior vem de outros artigos da lei, mas o problema de interpretação há de ser prêviamente resolvido para que se evitem confusões graves. Os juristas passaram por êle, sem no ver com clareza. No entanto, é o mais delicado em toda a exegese da Lei n. 1.102. Há o depósito de mercadorias determinadas, no sentido de mercadorias que se podem identificar (depositou-se A, retira-se A, ou se vende, com a venda dos títulos especiais ou Somente do conhecimento de depósito, a mercadoria A) e o depósito de mercadorias que se confundem ou se comistam (dêle fala o art. 12 da Lei n. 1.102). Naquele, a responsabilidade da empresa de armazéns gerais é segundo o art. 11, mas pré-exclui-se “nos casos de avarias ou vício proveniente da natureza ou acondicionamento das mercadorias~~~ “e de fôrça maior~~, “salvo a disposição do art. 37, parágrafo único” (art. 11, 1.0, alínea 2.~). Na depósito de mercadorias que se confundem ou comisturam, a responsabilidade existe ainda em caso de fôrça maior, se bem que, a respeito das outras, tal responsabilidade só se irradie de pacto ou cláusula que agrave a situação do depositário.

(a) Mercadorias determinadas (identificáveis). Diz *p* art. 11: “As empresas de armazéns gerais, além das responsabilidades especialmente estabelecidas nesta lei, respondem:

1.0, pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presas os empresárias, gerentes, superintendentes ou administradores, sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 horas, depois que judicialmente forem requeridas. Cessa a responsabilidade nos casos de avarias ou vicio proveniente da natureza, ou acondicionamento das mercadorias, e de fôrça maior, salvo a disposição do art. 37, parágrafo único. 29, pela culpa, fraude ou dolo de seus empregados e prepostos e pelos furtos acontecidos aos gêneros e mercadorias dentro dos anflazens”.

b) Mercadorias que se confundem ou comísturam. A respeito dessas, a empresa de armazéns gerais tem de entregar a quem, sendo o depositante ou sendo portador dos títulos especiais, se legitime, mercadorias da mesma qualidade, e responde pelas perdas e avarias das mercadorias, ainda em caso de fôrça maior (Lei n. 1.102, art. 12, § 1.0). Não se falou dos vícios provenientes da natureza ou acondicionamento das mercadorias, pela inverificabilidade após a confusão ou a comistão. Todavia, entregues as mercadorias, sem ainda se haverem criado os títulos especiais, nem se ter dado confusão ou comistio, há a ação da empresa de armazéns gerais para que o depositante assista à vistoria e fique exonerado de responsabilidade o depositário, se o vício proveniente da natureza ou acondicionamento não era perceptível.

A responsabilidade da empresa de armazém geral em caso de culpa dos empregados é responsabilidade por ato alheio; não se afirma se houve, ou não, culpa *in eligendo.* A culpa que há de existir como pressuposto é a do empregado ou preposto.

Quanto aos órgãos da pessoa jurídica (e quando dizemos “responde a empresa de armazéns gerais” usamos elipse, pois empresa não responde, responde pessoa jurídica), ato deles é ato da pessoa jurídica, de modo que incide o art.

11, 1.0, alínea □

2 a, e não o art. 11, 2.~. Órgão (Presidente, Vice-Presidente, Diretor que seja órgão) não é empregado.

Nem representa; apresenta (Tomo 1, §§ 86, 5, 94-98,). Pelos atos do mandatário, a responsabilidade também é regida pelo art. 11, 19, alínea 2)“.

(c) A respeito do art. 37 e parágrafo único da Lei n. 1.102, cumpre advertir em que: a) se a convenção ou cláusula diminuir responsabilidade da empresa de armazéns gerais, é

nula, e não se precisa de propositura de ação, para que se lhe decrete a nulidade; *b)* se a convenção ou cláusula aumenta a responsabilidade da empresa de armazéns gerais, vale a convenção ou cláusula e é eficaz entre os contraentes; *c)* se se quer que a convenção ou cláusula tenha eficácia em relação a terceiros, tem-se de inserir nos títulos especiais, para que com ela circulem (= a transcrição no registro de títulos e documentos, ou outro registro, não basta).

(d) As regras jurídicas dos arts. 11 e 12 da Lei n. 1.102 incidem, quer em se tratando de empresas particulares de armazéns gerais, da União, quer de qualquer entidade de direito público. O art. 11, § 2.0, apenas explicita a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público interno, que hoje se acha no art. 194 da Constituição de 1946, e o art. 11, § 2.0, da Lei n. 1.102 também alude à ação regressiva contra os funcionários públicos. Quanto aos empregados e prepostos que não são funcionários públicos, rege o art. 11, 2.0, mas, ainda a respeito deles, há a ação regressiva segundo o art. 1.524 do Código Civil.

§ 1.829. Direitos do depositário; prazo dos depósitos nos armazéns gerais e leilão das mercadorias 1. TÉCNICA DA LEI N 1.102, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1903.

A Lei n. 1.102 tinha diante de si três caminhos: ou a) considerar matéria de auto-regramento da vontade a fixação do prazo do depósito, porque os interessados é que podem saber que o prazo que lhes convém, mas tal solução não se coadunaria com a inspiração do instituto dos armazéns gerais, que são armazéns de todos e se subordinaram, conforme vimos, ao principio de igual tratamento dos depositantes, além de ser de difícil solução a discrepância inicial entre os interessados (depositário, depositante) ; ou b) deixar ao depositante dispor a respeito (dispositividade unilateral) ; ou o) fixar prazo, permitindo, quanto à prorrogação, o acordo dos interessados. A solução o) foi a que a Lei n. 1.102 adotou. “O prazo do depósito para os efeitos dêste artigo”, diz o art. 10, alíneas 1)‟,

e 3)‟ de Lei n. 1.102, “começa a correr da data da entrega da mercadoria nos armazéns gerais e será de seis meses, podendo ser prorrogado livremente por acordo das partes. Para

as mercadorias estrangeiras sujeitas a direitos de importação e para as quais tenham sido emitidos os títulos do art.

15, o prazo de seis meses poderá ser prorrogado até mais um ano pelo Inspetor da Alfândega, se o estado das mercadorias garantir o pagamento integral daqueles direitos, armazenagem e as despesas e adiantamentos referidos no art. 14. Se estas mercadorias estiverem depositadas nas docas, nos entrepostos particulares e nos trapiches alfandegados, a prorrogação do prazo dependerá também do consentimento da respectiva companhia ou concessionário”, O

Inspetor da Alfândega prorroga a seu líbito se o estado das mercadorias garante o integral pagamento a que se refere o art. 10, alínea 2)"; se não garante, há responsabilidade dêle ao Estado. A prorrogação máxima é de um ano. Todavia, se as mercadorias não se acham na Alfândega, mas sim em docas, entrepostos ou trapiches alfandegados, é preciso que a empresa também consinta. Há, então, três declarações de vontade, a do depositante, a da empresa e a do Inspetor da Alfândega, e a ordem deve ser essa, porque a prorrogação só se dá com a declaração do Inspetor da Alfândega.

Há caso especial de prorrogação por fôrça de declaração unilateral de vontade, no art. 10, § 49, alínea 3)".

2. EXPIRAÇÃO DO PRAZO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS . Expirado o prazo sem que o depositante (ou seu sucessor, se não foram criados os titulas especiais) ou o endossatário do conhecimento de depósito retire as mercadoria, há mora do depositante (ou sucessor) ou do endossatário. Tem o depositário de marcar *prazo de retirada,* diante da legitimação do dono e contra entrega do recibo, ou dos títulos especiais, ou do conhecimento de depósito, mediante a consignação de que fala o art. 22 da Lei n. 1.102. É assim que se há de entender o art. 10, § 1.0, alínea 1)", da Lei n. 1.102: "Vencido o prazo do depósito, a mercadoria reputar-se-á abandonada, e o armazém geral dará aviso ao depositante, marcando-lhe o prazo de oito dias improrrogáveis para a retirada da mercadoria contra a entrega do recibo (art. 6.0) ou dos títulos emitidos (art. 15) ". Não há, ai, propriamente , aviso, pois que há mais do que aviso: há cominação (ou retira, no prazo, ou sofre as conseqüências previstas em lei). Diz ainda o art. 10, § 19, alínea 1)", que o aviso é ao depositante. O "aviso" é ao depositante ou a quem conste na empresa, por anotação (art.

79, alínea 1)"), ser o endossatário dos títulos, ou, pelo menos, do conhecimento de depósito. Todavia, feito ao depositante, que é responsável como endossante, tem êle de comunicar ao endossatário imediato a cominação que recebeu para se forrar à responsabilidade por não o ter comunicado. Se houve anotação, o prazo para o endossante não corre *antes da remessa da cominação ao endossatário a que* se *refere a* anotação. -

O prazo de seis meses não impede que o depositante, o legitimado (sucessor) ou o endossatário retire, durante êle, as mercadorias. t a favor do dono das mercadorias.

O prazo de retirada, após a expiração daquele, corre do dia em que a

cominação foi enviada ao depositário, sucessor legitimado, ou endossatário (independentemente, pois, de recepção 1): “Findo êsse prazo”, diz o art. 10, § 19, alínea 23, que correrá do dia em que o aviso fôr registado no correio, o armazém geral mandará vender a mercadoria, por corretor ou leiloeiro, em leilão público, anunciado com antecedência de três dias, pelo menos, observando-se as disposições do art. 28, §§ 39, 49, 69 e 79”. No § 2.0, aditou-se: “Para prova do aviso prévio bastarão a sua transcrição no copiador do armazém geral e o certificado do registro da expedição pelo correio 3. AMORTIZAÇÃO DOS TÍTULOS E LEILÃO PÚBLICO. Se há o

processo de amortização a que se refere o

art. 27 da Lei n. 1.102, nos casos de perda, roubo, furto, extravio ou destruição dos títulos especiais, ou do conhecimento de depósito, e o prazo já foi excedido, diz o art. 10, § 49, da Lei n. 1.102: “Não obstante o processo do art. 27, §§ 2.0 e ~9, verificado o caso do § 19 do presente artigo, o armazém geral ou a competente repartição federal fará vender a mercadoria, cientificando com antecedência de cinco dias ao juiz daquele processo”. Essa comunicação é recepticia. “Deduzidos do produto da venda os créditos indicados no art. 26, § 19, o líquido será pôsto à disposição do juiz. É permitido ao que perder o título obstar a mora, ficando prorrogado o depósito por mais três meses, se pagar os impostos fiscais e as despesas declaradas no art. 23, § 6.~” (art. 10, § 49, alíneas 2)“ e 33).

4. VENDA E PRODUTO DA VENDA. A venda é sustada se até o momento de se realizar o leilão, depositadas todas as despesas que se teriam de deduzir se o leilão se realizasse, o dono das mercadorias requer que lhe sejam imediatamente entregues. Não se precisa de avaliação prévia das mercadorias *(aliter,* nas espécies regidas pelo art.

704 do Código de Processo Civil). “O produto da venda, deduzidos os créditos indicados no art. 26, § 1.0, se não fôr procurado, por quem de direito, dentro do prazo de oito dias, será depositado judicialmente por conta de quem pertencer” (Lei n. 1.102, art. 10, § 32, alínea 13). “As Alfândegas reterão em seus cofres êsse saldo e a administração da estrada de ferro da União o recolherá à repartição fiscal designada pelo Govêrno nas instruções expedidas na conformidade do art. 39” (art. 10, § 89, alínea 23).

5. DIREITO DE RETENÇÃO. “As empresas de armazéns gerais têm o direito de retenção para garantia do pagamento das armazenagens e

despesas com a conservação e com as operações, benefícios e serviços prestados às mercadorias, a pedido do dono; dos adiantamentos feitos com fretes e seguro, e das comissões e juros, quando as mercadorias lhes tenham sido remetidas em consignação (Código Comercial, art. 187). tsse direito de retenção pode ser oposto à massa falida do devedor. Também têm as empresas de armazéns gerais direito de indenização pelos prejuízos que lhes venham por culpa ou dolo do depositante" (Lei n. 1.102, art. 14).

6. PRETENSÃO DAS EMPRESAS DE ARMAZÉNS GERAIS A INDENIZAÇÃO POR ATOS ILÍCITOS DO

DONO DAS MERCADORIAS. No art. 14, alínea 33, da Lei n. 1.102, já transcrito, explicita-se que o depositante responde "por culpa ou dolo" às empresas de armazéns gerais pelos danos que lhes causem. Depositante, sucessor, ou endossatário do conhecimento de depósito. Não responde sem culpa; de modo que, se das mercadorias provierem danos, sem culpa do depositante, sucessor, ou endossatário do conhecimento de depósito, não há responsabilidade.

Todavia, a empresa que descobre que as mercadorias lhe podem causar dano, tem a pretensão cautelar, ainda que não tivesse culpa o depositante. Tal pretensão Somente não lhe nasce se se trata de mercadorias a que se refere o art.

12 da Lei n. 1.102 (confundidas ou comisturadas). A pretensão cautelar se baseia no art. 704 do Código de Processo Civil, *verbis* "sempre que os gêneros ou efeitos ... depositados ... forem de fácil deterioração, estiverem avariados, ou exigirem grande despesa para a sua guarda".

§ 1.830. Títulos representativos e armazéns

1. TÉCNICA DA REPRESENTATIVIDADE DOS TÍTULOS. A evolução que se operou, na história do direito, a partir da documentação dos direitos (não só dos créditos) e a atravessar todas as formas da incorporação dos direitos nos títulos (não só dos créditos), chegou ao mais alto grau com a concepção do título representativo de coisas.

Quando o crédito se incorpora no título, ser dono do titulo é ser titular do direito de crédito: não há posse de créditos, mas passa a haver

posse do título em que o crédito se incorporou; não há ação possessória nem vindicação de posse de crédito, nem, com mais forte razão, reivindicação de crédito, mas passa a haver ação possessória, a haver vindicação da posse e a ser reivindicável o titulo, em que se incorporou o crédito. Quando se atribui representatividade ao titulo, o direito sôbre o titulo é direito sobre a coisa que o titulo representa: posse do titulo é posse da coisa; propriedade do titulo é propriedade da coisa; vindicando-se a posse do titulo ou reivindicando-se o titulo, vindica-se a posse da coisa ou reivindica-se a coisa. Reduzem-se as coisas > dizíamos há uns trinta e cinco anos, a títulos negociáveis. Â representatividade é pita, comparada à simples incorporação; a incorporação foi *plus,* comparada ã documentação. Somente mediante profundo desenvolvimento do pensamento jurídico e da técnica jurídica foi possível chegar-se até ai. O titulo simplesmente incorporante não representa: o direito, que poderia apenas documentar-se, insere-se, incorpora-se no título, porque, sendo relação jurídica (portanto, entidade do mundo do pensamento), pode tomar corpo, meter-se no título. O titulo representativo não absorve a coisa; faz-se o sucedâneo dela, até onde convenha à circulação. A posse apresenta fatos curiosos: o depositário é possuidor imediato da coisa (tratando-se de conhecimentos de depósitos e de *warrants* das mercadorias); o possuidor imediato do título representativo é possuidor mediato da mercadoria; o possuidor mediato do titulo é possuidor acima do possuidor imediato da mercadoria, que é o depositário, e do possuIdor imediato do titulo. Dizer-se que o possuIdor imediato da

mercadoria é o possuidor imediato do título constitui erro grave e mais grave ainda reduzir-se o depositário a simples detentor. O possuidor imediato próprio do título é possuIdor próprio da mercadoria, no mundo jurídico. A posse acontece no mundo fáctico, onde possuidor imediato da coisa é o depositário. Quando alguns juristas, inclusive, e antes dos outros,

L. GOLDSCHMIDT, empregavam, a propósito dos títulos representativos, a imagem da “chave jurídica”, com que aludiam a ser a chave o meio material para se tomar posse de coisas e meio jurídico o título, revelavam deficiências de conhecimento dos fatos da posse, de regra de transmissão então já existente e hoje implícita no sistema jurídico brasileiro, e a insuficiência da teoria da posse então dominante e hoje ultrapassada: a posse das coisas transmite-se desde que o outorgado esteja ou fique em situação de poder exercer sôbre elas o poder fáctico.

No momento em que o depositário já então em relação jurídica

obrigacional com o depositante e tendo a posse imediata das coisas cria os títulos especiais *(e.* g., o conhecimento e o *warrant),* pratica ato jurídico *stricto sensu* (a emissão do título não é negócio jurídico, num simples ato-fato jurídico) : não deixa de ser o sujeito passivo da relação jurídica de depósito, nem transmite a posse imediata das coisas. A lei confere aos títulos criados a representatividade. O depositário apenas preencheu os requisitos para que tais títulos, entrando no mundo jurídico, representem as coisas. A relação jurídica entre o depositário e o titular dos direitos reais (dominio e penhor > sôbre as coisas depositadas continua tal qual era, exceto quanto ao regime jurídico das transmissões, porque, com a eficácia dos títulos, em vez de se operarem mediante *cessão de créditos* (Código Civil, arts. 1.065-1.077), se consumam pelo endosso e pela transferência da posse, ou, se concebidos ao portador, pela transferência da posse (o que não é o caso dos conhecimentos de depósito e dos *warrants).* O art. 1.078 não é invocável, porque há "modo especial de transferência~~.

Se o depositário vende a mercadoria depositada, a despeito de ter emitido os títulos, e transfere a posse, o contrato de compra-e-venda não é nulo, é ineficaz para a transferência o ato do depositário, porque o depositário vendeu e entregou coisa alheia. Quem comprou ao depositário tem ação contra êle. Uma vez que não adimple o dever e a obrigação de prestar a coisa vendida, responde pelo inadimplemento. O dono das mercadorias, que é, pelo fato da representatividade dos títulos, o portador deles, pode reivindicá-la, invocando o art. 622, parte 1.~, do Código Civil:

"Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade". Não se pode alienar, em contrato real, coisa alheia, nem se podem executar, com a prestação de coisa alheia, dever e obrigação oriundos de contrato consensual.

No art. 17 da Lei n. 1.102 diz-se: "Emitidos os títulos de que trata o art. 15, os gêneros e mercadorias não poderão sofrer embargo, penhora, seqüestro ou qualquer outro embaraço que prejudique a sua livre e plena disposição , salvo nos casos do art. 27". Já se falou dessa regra jurídica; aqui, nôvo exame há de ser feito pelo que ela contém de simples explicitação da representatividade do titulo. Primeiro, observe-se que a regra jurídica se dirige a terceiros que tenham direitos, pretensões ou ações contra os donos das mercadorias. Uma vez que elas estão representadas, as medidas executivas e cautelares hão de ir contra os titulares do direito sôbre os títulos, porque são eles os donos das mercadorias, por serem tomadores do~ títulos ou endossatários. Ainda que a regra jurídica não se achasse na Lei n.

1.102, existiria no sistema jurídico brasileiro. Não se tire do art. 17 da Lei n. 17102 que o possuidor dos títulos, depositante ou endossatário, não possa exercer pretensão cautelar contra a empresa de armazéns gerais que criou e emitiu os títulos. Se o depositário entende (e aqui vai só um exemplo) que as mercadorias foram depositadas para serem entregues conforme o art. 12 da Lei n. 1.102, e não segundo o art. 11, antes da demanda, ou durante a demanda, em que isso se discuta, pode o depositante ou o endossatário pedir o sequestro das mercadorias que entregou, até que se decida a questão.

Antes da emissão dos títulos representativos, as mercadorias podem ser arrestadas, sequestradas, penhoradas ou por outro modo constritas (= o art. 17 da Lei n. 1.102 não incide). Dissemos da emissão, porque, se os títulos foram criados, porém ainda não entregues ao depositante ou a quem se diz legitimado e portador do recibo, *ainda* há constrangibilidade das mercadorias, devendo o juiz da medida constritiva arrolar as mercadorias e os títulos: o que pode representar e ainda não está a representar tem de ser tratado como pertença das coisas.

Tudo se resolve em se saber se a posse dos títulos foi transferida ao depositante ou seu sucessor, atendendo-se aos princípios do direito brasileiro, que abstraiu do *animus* e do corynes.

2. CONHECIMENTO DE DEPÓSITO E "WARRANT". Conhecimento de depósito e *warrant* são os dois títulos especiais que as empresas de armazéns gerais criam. Há outros títulos representativos, além dêsses.

Os títulos representativos ou são *únicos* ou *múltiplos.* Se a lei houvesse entendido que bastaria, para os fins que colima, o conhecimento de depósito, não haveria o *warrant.* Para se submeterem a direito real de garantia as mercadorias, ter-se-ia de empenhar o conhecimento de depósito, ou escrever-se no conhecimento de depósito o negócio jurídico de penhor. Tais expedientes não teriam a plasticidade técnica da criação de dois títulos, um dos quais é o de dominio *menos* o valor do penhor, e outro, o de penhor. Os dois, juntos, representam a propriedade plena. Na técnica britânica, há o *sale-warrant* e a *reight note.* Na técnica holandesa, há o conhecimento de depósitos *(bewijs van opslag),* nominativo, ou a célula ao portador *(ontvangcedulen an toonder),* conforme a qualidade das mercadorias.

A superioridade do sistema de dois títulos foi revelando-se aos Estados *(e. g.*, França, 1858; Bélgica, 1862; Áustria, 1889; Brasil, 1897).

O conhecimento de depósito é o título representativo da mercadoria *menos* o valor do *warrant.* Se ainda não foi declarado o valor do *warrant,* o conhecimento de depósito é o titulo representativo da mercadoria *menos* zero; mas exposta a que se lance, com o endosso, o valor positivo.

O *warrant* é o título representativo do direito real de penhor das mercadorias: penhor-zero, enquanto não se insere, com o primeiro endosso do *warrant* sozinho, o valor do empréstimo.

A respeito dos títulos especiais dos armazéns gerais passa-se algo de nôvo no direito: quem cria os títulos não é o emitente dos dois. Quem emite os títulos, *materialmente,* é a empresa de armazéns gerais; e o título de dominio já o é ao ser emitido: o conhecimento de depósito já representa a mercadoria desde que o cria a empresa, razão por que ela é responsável pelos que não correspondam à realidade dos depósitos. O *warrant* é criado como se fosse título em branco, a que faltasse o valor, mas cuja declaração de valor somente pudesse ser posta pelo depositante ou pessoa por êle indicada. Mercê de tais afeiçoamentos conceptuais, o *warrant* é considerado,. *juridicamente,* emitido pelo primeiro endossante, que insere o valor. Por onde se vê quão suscitador de dúvidas e ambigilidades e equívocos é o emprego do verbo "emitir" em relação à empresa criadora dos títulos.

Os dois títulos não nascem como um só. A união deles é. apenas *material.* Nascem juntos. Não há qualquer diferença entre os direitos do depositante que ainda conserva os títulos "unidos" (Lei n. 1.102, art. 15: "Os armazéns gerais emitirão, quando lhes fôr pedido pelo depositante, dois títulos unidos, mas separáveis à vontade, denominados *conhecimento de depósito* e *warrant")* e o depositante ou endossatário que tem os dois, mas já separados. A união é só no mundo fáctico. A separação, também. Por ocasião do primeiro endosso do *warrant* sozinho, tem de ser pôsto o valor do empréstimo; porém, ainda ocasionalmente separados, pode o depositante ou o endossatário dos dois títulos unidos *declarar* que transfere os dois títulos juntamente, isto é, sem ter havido empréstimo. Se foi a pôsto o endosso no *warrant* sozinho, sem ter sido declarado o valor, há endosso incompleto e o endossatário tem poder de declaração do quanto do empréstimo.

Na teoria dos títulos de crédito, a colocação dos títulos representativos obriga o jurista a certos malabarismos que devem ser evitados. Não se procedeu a análise profunda do problema e deram-se soluções opinativas, superficiais.

Tem-se, primeiro, de indagar se, com a criação dos títulos representativos, continua direito de crédito contra a pessoa física ou jurídica, que tem a empresa de armazéns gerais. Já aí a expressão crédito" passa a encher-se de conteúdo que não era o seu, ao se conceberem os títulos de crédito e *antes* da teoria dos títulos representativos. A direito corresponde dever; os direitos ou são reais ou pessoais; se a débito corresponde crédito, quem deve posse deve-a a quem tem crédito de posse. O sujeito ativo, na relação jurídica em que a coisa é reivindicúvel, é credor, e o sujeito passivo é devedor, donde resulta que direito de crédito está, aí, em sentido lato. Todavia, se se fala de direitos de crédito como direitos pessoais, o direito do dono da coisa contra o depositário é direito de crédito. O

titulo representativo não torna "direito real" o direito do dono contra o depositário: as pretensões e ações são as ações que tem todo depositante contra o depositário. A representação que é *plus,* concerne aos títulos criados, o que serve à circulação e não altera a situação do depositário perante o depositante. A pretensão do depositário, seu sucessor, ou endossatário dos títulos, é ação pessoal, como é a do dono da coisa depositada sem o ser em empresa de armazéns gerais e a do dono da coisa depositada antes da criação de títulos representativos. Apenas essa pretensão pessoal é contra o depositário. A representação é *pina* em relação ao título que, sem ela, seria título negociável mas sem a representatividade; e em relação ao depositário que continua depositário perante o depositante, seu sucessor, ou quem seja o endossatário último do título. *Plus,* e não sub-rogado. A circulabilidade cresce ao mesmo tempo que se pré-eliminam as regras jurídicas sôbre a cessão de créditos.

Para se ver que os títulos representativos são *plus,* não se precisa de mais do que se observar o que ocorre com os bilhetes de mercadorias; mas tais *bilhetes de mercadorias* também não se confundem com os documentos de depósito, porque o titular dos bilhetes de mercadorias não é dono das mercadorias, tem apenas pretensão a que o devedor as preste: não há direito real do titular, só há direito pessoal sem ser contra depositário.

No comércio, o *warrant* tomou um pouco da função que exercia a letra de câmbio e a promissória, quando o industrial ou o comerciante precisa de dinheiro: em vez de simplesmente prometer ao mutuante, o endossante do *warrant* dá em penhor as mercadorias, mediante o título que endossa. O devedor livra-se da cobrança executiva e o credor tem a garantia real que consiste no *warrant.* O depositário do *warrant,* com a criação do titulo, faz-se possuidor imediato, sendo mediato o depositante ou o titular dos dois títulos, até que, endossado pelo

titular o *warrant,* o endossatário passa a ser possuidor mediato inferior ao possuidor mediato dono. Se o titular do conhecimento de depósito o endossa sem endossar o *warrant,* está privado de endossar o - *warrant,* porque as declarações da importância do crédito, da taxa de juros e da data do vencimento tinham de ser transcritas no conhecimento de deposito . Ninguém deve aceitar conhecimento de depósito desacompanhado de *warrant,* porque o *warrant* pode ir, endossado, com as declarações devidas, a portador de boa fé, que, segundo os princípios, adquire o direito real de penhor.

O *warrant* supõe divida, que o *warrant* garante. O titular do *warrant* é titular de direito real de garantia. É mais do que a letra de câmbio e a nota promissória, porque implica penhor das mercadorias. Ao criar o *warrant,* o depositário atendeu ao pedido do depositante ou de seu sucessor; e o que êle criou foi *titulo de empenhabilidade das mercadorias,* título que, com a indicação do valor, se faz titulo de penhor, mediante o expediente técnico da representação. Empenhabilidade = valor *zero* do penhor.

3. REQUISITOS COMUNS DOS DOIS TÍTULOS. O serem à ordem o conhecimento e o *warrant* não é requisito deles; é lei da sua circulação. No art. 15, § 19. pr., da Lei n. 1.102 diz-se que o título quer se trate do conhecimento de depósitos quer do *warrant* "deve ser à ordem"; mas havemos de interpretar que se estabeleceu a endossabilidade para a circulação, pré-excluindo-se, portanto, a cláusula de nominatividade e a cláusula de circulação ao portador.

Em conseqUência, se foi declarado ou se nada se declarou, o conhecimento de depósito e o *warrant* circulam do endosso. Se foi inserta cláusula de nominatividade, ou cláusula ao portador, tem-se por não-escrita (não existente) : o titulo é endossável.

a) A denominação do título, essa, é requisito essencial. Se os títulos não têm as respectivas designações, não se pode saber qual deles é o conhecimento de depósito e qual deles é o warrant. Dá-se o mesmo com as cambiais: ou se lança a denominação "letra de câmbio", ou a denominação "nota promissória". Daí estar no art. 15, § 19, pr., da Lei n.

1.102: "além da sua designação particular". De modo que é êsse, em verdade, o primeiro requisito.

b) O segundo requisito é o de conter a denominação da empresa do

armazém geral e sua sede (Lei n. 1.102, art. 15,

§ 1.0, inciso 1.0). Já advertimos em que tais modos de dizer “empresa de armazéns gerais”, “empresa do armazém geral”, ~„armazém geral” são elípticos. Estão em vez de pessoa física ou jurídica a que pertence a empresa ou o armazém geral.

Todavia, se os títulos contêm a denominação da empresa que é uma das que correspondem à pessoa física ou jurídica, não se hão de, por isso, reputar nulos os títulos, seja, ou não, precedida, ou seguida do nome da pessoa física ou jurídica, pois a identificabilidade resulta da matrícula (art. 1.0 e § 1.0, e art. 39, parágrafo único) ou das instruções (arts. 29 e *39),* ou do regimento interno <art. 4.0).

Não há, porém, arbítrio judicial: ou o titulo contém denominação de criador, que se identifique; ou não no contém. A lei não precisa dizer que é nulo ou ineficaz aquilo a que exigiu requisitos, com as expressões “deve”, “deverá”, “tem de”, “terá os seguintes requisitos”. Basta que o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* não revista “a forma prescrita em lei”, diz o art. 145, III, do Código Civil, para que seja nulo. Se é nulo como tal, mas vale como outro negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu,* é outro problema, que também se apresenta a respeito dos outros títulos formais, como os títulos cambiários.

c) O terceiro requisito é o de declararem-se o nome, a profissão e o domicílio do depositante, ou de terceiro por êste indicado (Lei n. 1.102, art. 15, § 1.0, inciso 2.0). Se o depositante é legal ou voluntàriamente representado, ou assistido, têm de figurar o nome do depositante e o da pessoa que o represente, ou que a êle assista; idem, se para o depósito é preciso o assentimento de outrem, como acontece à mulher casada que não é comerciante, se o depósito das mercadorias não se enquadra na classe dos atos que pode praticar sem assentimento do marido. Tratando-se de pessoa jurídica, basta o nome ou denominação.

Os títulos têm de ser em nome do depositante, ou de pessoa que êle indique. Tal indicação é comunicação de vontade, com outorga de poder, abstrata: não se precisa de qualquer informe sôbre o que se passou ou se passa entre o depositante e o terceiro. Quanto ao título, há acordo de transmissão desde que os títulos sejam recebidos pelo terceiro. Antes dêsse recebimento, que é a emissão, os títulos existem e não pode o depositante recebê-los sem poder outorgado pelo terceiro. Foi como se êle houvesse depositado na conta bancária do terceiro, sem a colaboração dêsse, alguma quantia: podia depositar, e

depositou; não pode retirar. O depositante que comunica terem de ser em nome de outrem os títulos outorgou, irrevogàvel mente, poderes ao depositário para os criar; se bem que a irrevogabilidade comece com a criação dos titulos. Até criá-los o depositário, o depositante pode revogar a comunicação e a outorga. O símile mais prestante tem-se no depósito em conta bancária de outrem: enquanto não se faz o depósito pode o terceiro revogar o pedido de depósito, que é efeito de outorga de poder de depositar em nome de outrem.

d) O quarto requisito é a declaração do lugar e prazo do depósito (Lei n. 1.102, art. 15, § 1.0, inciso 39). Não se confunda êsse requisito com a da indicação do nome do depositário, que pode ter diferentes armazéns ou seções em que se coloquem as mercadorias. Se, nó mesmo armazém, é conveniente indicar o lugar *(e.* g., ala esquerda, sala B, segundo andar), porque aí fica *à* disposição dos interessados. Não é essencial.

e) O quinto requisito varia conforme a natureza da mercadoria e o acordo dos figurantes: ou *a)* há de haver referência à natureza e quantidade das mercadorias em depósito, designadas pelos nomes mais usados no comércio, seu peso, o estado dos envoltórios e todas as marcas e indicações próprias para se lhes estabelecer a identidade <Lei n. 1.102, art. 15, § 19, inciso *49) ;* ou 6), tratando-se de mercadorias a que se refere o art. 12, a menção da qualidade (art. 15, § 1.0, inciso 5□0)~ Ali, quer-se o necessário à identificação *<e. g.,* marcas de indústria e comércio e mais sinais distintivos, inclusive qualidade dos envoltérios). Aqui, pois que se deu ou se vai dar ou se pode dar a confusão, ou a comistão, basta a indicação da qualidade ou das qualidades e quantidades da espécie.

f) O sexto requisito é o da indicação do segurador da mercadoria e o valor do seguro (Lei n. 1.102, art. 15, § 1.0, inciso 6.0>. O seguro é obrigatório (art. 16) : “As mercadorias, para servirem de base à emissão de títulos, devem ser seguradas contra riscos de incêndio do valor designado pelo depositante”. O seguro apenas confere ao titulo maior aceitabilidade por terceiros; de modo nenhum se transfere ao título o valor do seguro. Valor do título é o valor das mercadorias, valor variável com as circunstâncias do comércio. Se o caso é de mercadorias regidas pelo art. 12, o art.

16, parágrafo único, estabelece: “As mercadorias de que trata o art. 12 serão seguradas em nome da empresa do armazém geral, a qual fica responsável pela indenização no caso de sinistro.

“Os armazéns gerais poderão ter apólices especiais ou abertas para

êste fim" (Lei n. 1.102, art. 2 A alínea).

"No caso de sinistro, o armazém geral é o competente para receber a indenização devida pelo segurador e sôbre esta exercerão a Fazenda Nacional, a empresa de armazéns gerais e os portadores de conhecimento de depósito e *warrant* os mesmo a direitos e privilégios que tenham sôbre a mercadoria segurada" (art. 16, 33 alínea).

g) O sétimo requisito é o da declaração dos impostos e direitos fiscais, dos encargos e despesas a que a mercadoria está sujeita, e do dia em que começarem a correr as armazenagens (art. 15, § 1.0, inciso *79).* No art. 26, § 2.0, volve-se a dizer que os créditos da Fazenda Nacional, pelos direitos e impostos que lhe são devidos, e as despesas de armazenagem e conservação, operações, benefícios e serviços prestados às mercadorias, os adiantamentos feitos com fretes e seguro, e as comissões e juros, se a espécie é a do art 189 do Código Comercial, devem ser expressamente referidos nos títulos arts. 26. § 1.0, incisos 1.0 e *39,* e 14.

h) O oitavo requisito é o da data da subscrição dos títulos (Lei n. 1.102, art. 15, § 1.0, inciso 8.0, □

1 a parte). Da

subscrição, e não da emissão. A cada passo as leis trocam uma palavra por outra, o que se há de desfazer; ao serem interpretadas. Feitos os títulos, são assinados, com a data. Se o depositante demora em recebê-los, há discordância entre data da emissão e data da subscrição. "Os referidos títulos", diz o art. 15, § 2.0, 13 alínea, "serão extraídos de um livro de talão, o qual conterá -todas as declarações acima mencionadas e o número de ordem correspondente".

De jeito que se não podem pôr em ordem cronológica de emissão; têm-se de encher os dizeres do livro e os títulos em ordem cronológica de feitura e subscrição, postos no verso o recibo, a data e a assinatura do depositante. Tal recibo se refere à entrega, à emissão, e não poderia ser em ordem cronológica, porque dificultaria o serviço de feitura dos títulos. "No verso do respectivo talão", exprime-se o art. 15, § 2.0, □a e 83 alíneas, "o depositante, ou terceiro 2

por êste autorizado, passará recibo dos títulos. Se a empresa, a pedido do depositante, os expedir pelo correio, mencionará esta circunstância e o número e data do certificado do registro postal. Anotar-se-ão também no verso do talão as ocorrências que se derem com os títulos dêle extraídos, como substituição, restituição, perda, roubo, etc." As

anotações, de que aqui se fala, são semelhantes às de que tratou o art. „70, *in fine:* enquanto as do art. *79, in une,* concernem às mercadorias, essas concernem aos títulos.

O depositário não pode ser depositante. Se bem que o sistema jurídico brasileiro admita negócios jurídicos co nsigo mesmo, não há depósito em empresa de armazéns gerais pela própria empresa, nem pode ela ser o terceiro a que se refere o art. 15, § 1.0, inciso 8.0. O que poderia ser feito a ela (e mais uma vez chamamos atenção para a elipse) é o endOsso do *warrant;* mas o art. 5~0, § 4~O, proibe às empresas de armazéns gerais exercer o comércio de mercadorias e o art. 89, § *59,* veda-lhe emprestar, ou fazer, por conta própria ou alheia, qualquer negócio sôbre os títulos que emitirem.

4. RESPONSABILIDADE DOS ARMAZÉNS GERAIS QUANTO A ENDOSSATÁRIOS DOS TITULOS. Diz o art. 15, § *89,* da Lei n. 1.102: "Os armazéns gerais são responsáveis para com terceiros pela irregularidades e inexatidões encontradas nos títulos que emitirem, relativamente à quantidade, natureza e peso da mercadoria". As empresas de armazéns gerais têm de declarar a quantidade, natureza e peso das mercadorias depositadas, conforme se estatui no art. 6.0, a respeito do *recibo;* por igual, ao criarem os títulos especiais (art. 89, § *19,* inciso 4.0). A declaração do enunciado de fato é da empresa; não pode ela afirmar o de que não tem certeza. Responde pela verdade do que declara. Se há envoltório, há de dizer o estado em que se acha. Se estão fechadas as latas, responde pelo que declara quanto à quantidade e ao peso e pelo que declara quanto à natureza, tal como lhe é dado verificar.

Se há menção de qualidade, a responsabilidade e *assumida,* sem se precisar invocar o art. 15, § 8.0.

A respeito das mercadorias do art. 12, há promessa de entregar o que se descreveu, sem qualquer margem para culpa do depositante pela indicação da qualidade se já se deu a confusão ou a comistão.

§ 1.831. Circulação do conhecimento de depósito e do "warrant"

1. TRANSFERÉNCIA DA PROPRIEDADE E ENDOSSO. A circulação do conhecimento de depósito e do *warrant* é pelo endosso. Endossar é escrever no dorso, transferindo. Mas o endosso só por si não transfere; é preciso que o endossatário tenha a posse do título endossado. Endossar é declaração unilateral de vontade, a que falta a tradição da

posse para que a transferência da propriedade se dê. Se A endossa o título e o guarda, não transferiu a propriedade do título; pode riscar o endosso. A circulação do titulo representativo endossável é marcada por endossos e tradições. No que concerne à posse, a aquisição não oferece qualquer particularidade: os princípios são os mesmos, tais como foram estudados no Tomo X. No sistema jurídico brasileiro, o tipo do título endossável é o título cambiário, razão por que remetemos aos lugares em que deles tratamos.

2. ENDOSSO EM PRETO E ENDOSSO EM BRANCO. Endosso em preto é o endOsso em que se menciona o nome do endossatário; endOsso em branco é aquele em que não se diz a quem se endossa. A circulação do conhecimento de depósito e do *warrant* é por endOsso em preto ou por endOsso em branco. A Lei n. 1.102 não permitiu a cláusula ao portador; porém não proibiu o endosso em branco. Segundo os princípios, o titulo endossado em branco circula ao portador. Os princípios que passam a reger êsse lapso na circulação em preto são os princípios pertinentes aos títulos ao portador. Mas surge a questão:

j,a circulação do conhecimento de depósito ou do *warrant* endossado em branco é regida pelo direito civil (titulos ao portador de direito civil) ou pelo direito cambiário? Não haveria o problema de interpretação das leis (ai, problema de fonte e interpretação das leis) se não houvesse diferença entre o tratamento jurídico da circulação dos títulos cambiários ao portador e cambiariformes ao portador e o tratamento jurídico dos títulos ao portador regidos pelo direito civil, assunto que foi versado nos §§ 1.658 e 1.659.

O que tem a posse do título ao portador cambiário ou cambiariforme, sem que tal posse tenha sido adquirida de má fé, adquire a propriedade. Toda discussão de dominio só se pode pôr nos planos das relações possessórias e da boa fé. Não ocorre o mesmo se se está diante de título ao portador de direito civil, conforme se mostrou (§ 1.746).

Na circulação dos títulos endossáveis a que se não proibiu o endosso em branco, o tempo que corre entre o endosso em branco e o nôvo endosso em prêto não é de circulação de título endossado, é de circulação de título ao portador.

£sse é o princípio.

Vamos aos casos concretos. A empresa de armazéns gerais entregou ao depositante E os títulos especiais (conhecimento de depósito e

warrant), que E endossou a C e O endossou em branco, indo, por furto, às mãos de D, que o vendeu a E. A propriedade não passou a D, porque assim no direito civil como no direito cambiário e cambiariforme o ladrão não adquiriu a propriedade dos títulos ao portador, se bem que possa adquirir a posse. Se E

adquiriu, de boa fé, a posse, tem-se de responder a pergunta precisa: ~o conhecimento de depósito e o *warrant* são títulos cambiários e cambiariformes? Se se responde que sim, E adquiriu a propriedade deles. Se se responde que não, E não adquiriu a propriedade. Como se sabe, o art. 521 do Código Civil aludiu aos títulos ao portador, o que não pode permitir qualquer interpretação do sistema jurídico brasileiro que pré-exclua, para títulos ao portador regidos pelo direito civil, a vindicatória da posse, ação que pode ir contra o terceiro de boa fé. O art. 521 não tem incidência em se tratando de títulos cambiários e. cambiariformes ao portador; de modo que o terceiro, possuidor de boa fé, fica incólume à vindicação da posse. Tudo, para a aquisição dos títulos cambiários e cambiariformes, se confina na investigação da posse e da boa fé.

Ante~ do Código de Processo Civil, o art. 521 não teve qualquer repercussão no direito federal; mas as suas conseqüências processuais entraram, desde logo, no direito processual plural (local) então existente. Havia o art. 2.0

do Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1950, que constituía argumento da reivindicabilidade da posse dos conhecimentos de depósito e dos *warrants* e demos-lhe valor decisivo. Posteriormente, *449*

durante a elaboração do *Tratado de Direito cambiário e cambiariforme,* tivemos de reexaminar o assunto e concluímos por considerar cambiariformes o conhecimento de depósito ~ o *warrant.* Não tem, porém, razão J. C.

SAMPATO DE LACERDA *(Da Negociabilidade dos titulos emitidos por armazéns gerais e seus efeitos,* 68) no fundamento dado para se regerem pelo direito cambiário o conhecimento de depósito e o *warrant:*

"o endosso em branco do título à ordem não desnatura, por isso que, a qualquer tempo, pode voltar à sua situação anterior". Note-se a contradição: pode *voltar* à sua situação anterior, não se desnatura. O que importa é a espécie de circulação que vige: se os títulos endossáveis, endossados em branco, circulam ao portador, a lei que rege tal circulação é a lei sôbre títulos ao portador, tanto assim que se

não *exige* endosso para que a propriedade se transmita.

Também o *warrant* é endossável em branco. Tem-se exagerado a ligação material dos títulos de armazéns gerais.

Diz-se, por exemplo, que o *warrant* Somente tem eficácia própria depois de destacado do conhecimento de depósito.

Primeiro, atenda-se a que, se o depositante endossou juntamente os dois títulos (e endossar juntamente é fazer declaração de vontade de passarem a outrem juntos), mas foram desligados os títulos, sem que se houvesse endossado sozinho o *warrant,* êsse continua sem ter eficácia diminutiva, porque o seu valor é zero. Se, embora unidos, materialmente, o depositante ou algum depositário endossa o *warrant* sôzinho, dando-lhe valor, subtrai (eficácia do *warrant,* a despeito da união material) ao direito de propriedade o valor mencionado.

(A maior dificuldade para se conceberem o conhecimento de depósito e o *warrartt* como títulos cambiariformes e, pois, admitir-se que, endossados em branco, a aquisição da propriedade deles, segundo os princípios, seja pela posse de boa fé, à semelhança dos títulos cambiários, estava no art. 18, § *19,* da Lei n. 1.102: "O endosso pode ser em branco; neste caso, confere ao portador do título os direitos de cessionário~~. Teríamos o regime jurídico dos arts.

1.065-1.078 do Código Civil. O dilema ergueu-se diante do intérprete, antes mesmo de se levantar o problema da cambiariformidade do conhecimento de depósito e do *warrant:* ou se rege pelos arts. 1.065-1.078, ou pelas regras jurídicas concernentes aos títulos ao portador submetidos ao Código Civil. Prevaleceu a opinião que apontou a incúria da lei: pôs-se no art. 18, § 19, a palavra "cessão", no sentido de tradição. Assente isso, foi que se teve de indagar se a aquisição se opera pela posse de boa fé, ou se há a vindicação da posse como espécie do art. 521 do Código Civil.)

3. ENDOSSO DOS DOIS TITULOS E ENDOSSO DO CONHECIMENTO DE DEPÓSITO SÔZINHO OU DO

"WARRANT" SOZINHO O endOsso dos títulos unidos é endOsso que apanha, *juridicamente,* o dorso dos dois títulos. Dois endossos, um em cada título, não são endosso dos títulos unidos; são dois endossos em títulos que ainda se acham unidos. O dono dos títulos, que os quer endossar, pode ter interesse em declarar desde logo qual o valor do

warrant, a taxa de juros e a data do vencimento: com isso, não priva o endossatário de qualquer elemento do valor das mercadorias, porque estão com êsse os dois títulos. No direito brasileiro, não há unicidade de forma do endosso duplo (AB ou a A +B).

(a) O que a lei diz é que os títulos podem ser endossados em conjunto (unidos) ou separados (Lei n. 1.102, art. 18:

"O conhecimento do depósito e o *warrant* podem ser transferidos, unidos ou separados, por endosso"). As espécies principais são as seguintes: a) o depositante endossa os dois títulos, ainda unidos; *b)* o depositante endossa, num endosso juridicamente único, os dois títulos, mas já separados, ou separados após o endosso e antes da tradição; e) o depositante endossa cada um, separadamente, em endossos material e juridicamente distintos, à mesma pessoa; *d)* o depositante endossa só o conhecimento de depósito; *e)* o depositante endossa só o *warrant; f)* o depositante endossa cada um dos títulos a diferentes pessoas.

O endOsso dos títulos unidos é endosso de título que tem o valor, *v,* das mercadorias, menos *zero.* A lei exprime isso dizendo que tal endOsso dá ao endossatário (no art. 18, § 29, □

1 a parte, por engano ou impropriedade de expressão,

se escreveu "cessionário") "o direito de livre disposição da mercadoria". Entenda-se: o endosso dos títulos unidos confere ao endossatário o poder de disposição de toda a mercadoria, livre de direitos reais. O endOsso do conhecimento de depósito, "a dificuldade de dispor da mercadoria, salvo os direitos do credor, portador do *warrant"* (art. 18, § *29,* 3~a parte). O do *warrant,* separado do conhecimento de depósito, "o direito de penhor sObre a mesma mercadoria" (art. 18, § 2.0, 23 parte).

O endOsso serve à transferência da propriedade dos títulos e, pois, porque são representativos, a propriedade das mercadorias. O endOsso da letra de câmbio, da nota promissória e da duplicata mercantil, à transferência da propriedade dos títulos e do direito a apresentação dos títulos ao subscritor, para que preste o que prometeu e não está no patrimônio do titular do título cambiário ou da duplicata mercantil. O que o depositário *presta,* tratando-se de títulos criados pela empresa de armazéns gerais, já se acha no patrimônio do depositante ou terceiro, portador dos títulos.

Tanto na doutrina francesa quanto na doutrina italiana se tem exprobrado dizer-se que o endOsso transfere a propriedade das

mercadorias depositadas, em vez de se dizer que transfere o poder de disposição, como se exprimem a lei francesa e a brasileira. Mas sem razão. O que se transfere, quando se transfere, por endosso, ou, até, pela circulação ao portador em conseqüência de endOsso em branco, o conhecimento de depósito, é a propriedade da mercadoria, não o só "poder de dispor", ou a "faculdade de dispor" (Lei n. 1.102, art. 18, § 29, □

1 a e g~a parte). A

faculdade de dispor, como se diz no art. 18, § 29, 3.~ parte, ou o "direito de livre disposição da mercadoria depositada", como se exprime o art. 18, § 29, 13 parte, Somente toca ao endossatário, ou ao portador de boa fé no caso de endosso em branco, porque se lhes transferiu a propriedade. Para vermos que a crítica é sem razão, basta perguntarmos: se apenas se transmite o poder de disposição, ~quem é o dono das mercadorias depositadas? Não se poderia responder que é o depositante; nem, a *fortiori,* que é o depositário. O que se transfere é o direito de propriedade exatamente porque o título é representativo. Se dono continuasse de ser quem depositou, seria difícil constituir-se o instituto: o titulo apenas atribuiria outorga de poder pelo depositante, em endOsso. Se dono fOsse o depositário, e não no é ainda em se tratando de título do art. 12 da Lei n. 1.102, os títulos das empresas de armazéns gerais seriam simples títulos para se haver a prestação da mercadoria, e~ relação jurídica diferente da relação jurídica do depósito; e isso reduziria os dois títulos a *bilhetes de mercadorias.*

(b) Quanto à forma, nada obsta a que se lance o endosso único em todo o dorso dos dois títulos desde que em cada um fiquem elementos suficientes para se saber a quem se endossou, ou se se endossou em branco. Também pode ser lançado nos dois títulos, em remissão: "Transfiro, com o *warrant,* a 13" (ou em branco"), e "Transfiro, com o conhecimento de depósito, a B" (ou "em branco") ; ou conjuntamente: "Transfiro os dois títulos a E" (ou "em branco"). É preciso não se prender o jurista ao elemento material da ligação: o depositante, o sucessor, ou o endossátário pode endossar títulos materialmente unidos a seus filhos ou clientes a que se destinam, inclusive no momento da morte, e tem-se, aí, juridicamente, endosso do conhecimento de depósito sozinho e o endOsso do *warrant* sozinho ; um deles, ou os dois, ainda materialmente unidos os títulos, podem ser em branco, e quem de boa fé vier a possuir um deles adquire o direito a que êle se refere. O que importa é que se haja lançado no conhecimento de depósito o que concerne ao *warrant,* segundo o art. 19: "O primeiro endOsso do *warrant* declarará a importância do crédito garantido pelo penhor de mercadoria, a taxa de juros e a data

do nascimento. Essas declarações serão transcritas no conhecimento de depósito e assinadas pelo endossatário do *warrant".* O endossatário do *warrant* tem de assinar.

4. PLumA, ROUBO, FURTO, EXTRAVIO OU DESTRUIÇÃO DO CONHECIMENTO DE DEPÓSITO E DO

"WÂRRANT". A Lei n. 1.102 trata, no art. 27, da perda dos títulos, ou de um deles e estende as regras aos casos de roubo, furto, extravio ou destruição (art. 27, § 59: "O que fica disposto sObre perda do titulo aplica-se aos casos de roubo, furto, extravio ou destruição"). Diz o art. 27:

"Aquele que perder o título avisará ao armazém geral e anunciará o fato durante três dias, pelo jornal de maior circulação da sede daquele armazém". No § *19:* "Se se tratar do conhecimento de depósito e correspondente *warrant,* ou só do primeiro, o interessado poderá obter duplicata ou a entrega da mercadoria, garantido o direito do portador do *warrant* se êste foi negociado, ou do saldo à sua disposição, se a mercadoria foi vendida, observando-se o processo do § 2.0 que correrá perante o juiz do comércio em cuja jurisdição se achar o armazém geral".

O processo, tratando-se das espécies previstas no § 1.0, e o do § 2.0, para as espécies da perda, roubo, furto, extravio ou destruição do *warrant,* o do § *39* Conhecimento de depósito e *warran,t* ou sOmente conhecimento de depósito. Lê-se no art. 27, § 2.0, alínea l.a:

"O interessado requererá a notificação do armazém geral para não entregar, sem ordem judicial, a mercadoria ou saldo disponível no caso de ser ou de ter sido ela vendida na conformidade dos arts. 10, § 4□0, e 23, § 1.0, e justificará sumariamente a sua propriedade".

"O requerimento deve ser instruído com um exemplar do jornal em que fôr anunciada a perda e com cópia fiel do talão do titulo perdido, fornecido pelo armazém geral e por êste autenticada". (Lei n. 1.102, art. 27, § 2.0, alínea 2.~). "O armazém geral", diz a alínea 33, "terá ciência do dia e da hora da justificação, e para esta se o *warra*"*nt* foi negociado e ainda não voltou ao armazém geral, será citado o endossatário dêsse título, cujo nome devia constar do correspondente conhecimento de depósito perdido (art. 19, 2.~ parte) ".

"O juiz, na sentença, que julgar procedente a justificação, mandará

publicar editais com o prazo de trinta dias para reclamações" (art. 27, § 2.0, 4.~ alínea). "Éstes editais produzirão tOdas as declarações constantes do talão do título perdido e serão publicados no *Diário Oficial* e no jornal onde o interessado anunciou a referida perda e afixados na porta do armazém e na sala das vendas públicas. Não havendo reclamação, o juiz expedirá mandado conforme o requerido ao armazém geral ou depositário. Sendo ordenada a duplicata, dela constará esta circunstância" (art. 27, §

2.0, alíneas 53, fi□a e 7.~)□

No art. 27, § 2.0, alínea 13, fala-se de o interessado "justificar sumariamente a sua propriedade". Hoje, tal sumariedade não pode ser diferente da que se regula nos arts. 736 e 787 do Código de Processo Civil (certo, J. C.

DE SAMPAIO LACERDA, *Da Negociabilidade dos Títulos emitidos por armazéns gerais e seus efeitos.* 111).

A sentença que se profira, favorável ao autor, é sentença mandamental, com o efeito negativo da amortização do titulo perdido, roubado, furtado, extraviado, ou destruído, e o efeito positivo de constituição do nOvo título, chamado, aí, duplicata. Quanto ao recurso, a justificação de que se trata não é justificação cautelar, ou justificação para prova em processo regular, de modo que da sentença não caiba recurso (Código de Processo Civil, art. 788) : é a parte declaratória da demanda e da sentença mandamental-constitutiva.

A estrutura da sentença é a seguinte, com as cargas de eficácia:

O recurso ou seria o de agravo de instrumento com base no art. 842, XVII, porque, em verdade, não houve sentença anterior, nem há caução idônea , e entregar nOvo titulo é entregar bem, ou o de apelação. O caso é de apelação, se interposta no prazo legal (Código de Processo Civil, art. 812, 13 parte), sem efeito suspensivo.

"Se, porém, aparecer reclamação, o juiz marcará o prazo de dez dias para a prova, e, findos êstes, arrazoando o embargante e o embargado, em cinco dias cada um, julgará afinal com apelação sem efeito suspensivo" (art. 27, §

2.0, alínea 83). "Estes prazos serão improrrogáveis e fatais e correrão em cartório, independente de lançamento ~em audiência" (art. 27, § 2.0, alínea 93).

b) *Warrant* Somente. "No caso de perda do *warrant,* o interessado, que

provar a sua propriedade, tem o direito de receber a importância do crédito garantido" (art. 27, § 3□O, 1.a alínea).

"Observar-se-á o mesmo processo do § 2.0, com as seguintes modificações: *a)* para justificação sumária, serão citados o primeiro endossador e outros que forem conhecidos. O armazém será avisado do dia e hora da justificação, e notificado judicialmente da perda do título; *lO* o mandado judicial de pagamento será expedido contra o primeiro endossador ou contra quem tiver em consignação ou depósito a importância correspondente à dívida do *warrant"* (art. 27, § 39, 23 alínea). "O referido mandado, se a divida não está vencida, será apresentado àquele primeiro endossador no dia do vencimento, sendo aplicável a disposição do art. 28 no caso de não pagamento" <alínea 3.~).

Não se faz nOvo titulo do *warrant.* O que importa é o primeiro endOsso. E a sentença, se está vencida a dívida, tendo sido citado o primeiro endossante, é mandamental, sendo o mandado contra êle e observando-se, se o primeiro endossante não adimple (ou se não adimple terceiro), o art. 23; se não está vencida a dívida, aguarda-se a data do vencimento. Pode dar-se porém, que já esteja em depósito a importância; então, o mandado é contra o depositário da quantia.

"Cessa a responsabilidade do armazém geral e do devedor quando, em virtude de ordem judicial, emitir duplicata ou entregar a mercadoria ou o saldo em seu poder ou pagar a divida.

O prejudicado terá ação Somente contra quem indevidamente dispôs da mercadoria ou embolsou a quantia" (art. 27,

§ 49).

§ 1.832. Relações entre a empresa de armazéns gerais e os donos dos títulos especiais emitidos por ela e dos títulos postos, contra a sua vontade, em circulação

1. DivisÃo Do TODO DE MERCADORIAS ENTREGUES AO ARMAZÉM GERAL. Ao entregar as mercadorias ao armazém geral, o depositante consulta os seus interesses para que o recibo seja um só, ou sejam dois ou mais recibos, dividindo a carga entregue. A empresa de armazéns gerais não pode opor-se a isso. A divisão também pode ser feita por ocasião do pedido dos títulos especiais. Depois da emissão, "o portador dos dois títulos tem o direito de pedir a divisão da mercadoria em tantos lotes quantos lhe convenham e a entrega de

conhecimentos de depósito e *warrants* correspondentes a cada um dos lotes, sendo restituidos, e ficando anulados os títulos anteriormente emitidos" (Lei n. 1.102, art. 20, 13 alínea). Os títulos não são anulados, expressão a técnica que afeia a lei; os títulos são entregues, contra os novos, à empresa de armazéns gerais, para que os cancele, os rompa ou por outro modo os inutilize. O mais aconselhável é o carimbo: "Substituidos".

Na alínea 23 do art. 20 acrescenta-se: "Esta divisão somente será facultada se a mercadoria continuar a garantir os créditos preferenciais do art. 26, § 1.0". E no parágrafo único:

"Outrossim, é permitido ao portador dos dois. títulos pedir novos títulos à sua ordem, ou de terceiro que indicar, em substituIção dos primitivos, que serão restituidos ao armazém geral e anulados". Mais uma vez aparece a expressão a técnica e cumpre repetir-se o que se disse sObre o art. 20, alínea 13.

2. APRESENTAÇÃO DOS TÍTULOS. Para retirar a mercadoria, ou se apresentam os dois títulos, ou só o conhecimento de depósito, depositando-se em consignação na empresa de armazém geral o principal e os juros até o vencimento e pagando-se os impostos fiscais, armazenagens vencidas e mais despesas. No art. 21, estatui a Lei n.

1.102: "A mercadoria depositada será retirada do armazém geral contra a entrega do conhecimento de depósito e do *warrant* correspondente, liberta pelo pagamento do principal e juros da dívida, se foi negociado". Se o *warrant* foi negociado e voltou ou foi ao dono do conhecimento de depósito, liberta está a mercadoria no momento mesmo em que se dá a apresentação; de modo que o final do art. 21 é sem alcance. A empresa, ao entregar a mercadoria e receber os títulos, há de cancelá-los, rompê-los, ou por outro modo torná-los imprestáveis, procedendo a *anotação* de volta por fato de retirada da mercadoria.

Antes do vencimento da dívida, pode ser retirada a mercadoria, ainda se só se apresenta o conhecimento de depósito.

Mas, para isso, tem o apresentante de depositar em consignação o principal e os juros até o vencimento, pagos os impostos fiscais, armazenagens vencidas e mais despesas (art. 22, alínea 1.8: "Ao portador do conhecimento de depósito é permitido retirar a mercadoria antes do vencimento da dívida constante do *warrant,* consignando no armazém geral o principal e juros até o vencimento e

pagando os impostos fiscais, armazenagens vencidas e mais despesas").

"Da quantia consignada", acrescenta o art 22, alínea 23, "o armazém geral passará recibo, extraído de um livro de talão". "O armazém geral dará por carta registrada imediato aviso desta consignação ao primeiro endossador do *warrant.* Éste aviso, quando contestado, será provado nos térmos do art. 10, § 2.o"~ (art. 22, § 1.0). "A consignação equivale a real e efetivo pagamento, e a quantia consignada será prontamente entregue ao credor mediante a restituição do *warran,t* com a devida quitação" (art. 22, § 2.0). "Se o *warrant* não fOr apresentado ao armazém geral até oito dias depois do vencimento da dívida, a quantia consignada será levada a depósito judicial, por conta de quem pertencer. Nas Alfândegas e estradas de ferro federais, essa quantia terá o destino declarado no art. 10, § 30, *in fine" (art.* 22, § 3.0)~ "A perda, o roubo ou extravio do *warrant* não prejudica o exercício do direito que êste artigo confere ao podador do conhecimento de depósito" (art. 22, § *49).*

No caso de incêndio que atingiu as mercadorias depositadas, recebe a indenização o armazém geral, e dá-se, desde o pagamento do seguro, a sub-rogação real. Antes, havia, em lugar da mercadoria, o direito, a pretensão e a ação de seguro, que estavam representados nos títulos.

Se o que foi depositado não dá para satisfazer o portador do *warrant,* anota-se no título o que foi pago e restitui-se ao portador o *warrant.*

Peito o depósito em consignação a que se refere o art. 22, § 2.0, ou o que resulta do recebimento da indenização do seguro (art. 16) ou de danos, dá-se sub-rogação real. A responsabilidade da empresa de armazéns gerais é a mesma que tinha como depositário das mercadorias. O portador do conhecimento de depósito, que fêz o depósito, liberou as mercadorias, razão por que as pôde ou pode retirar. O direito do portador do *warrant* quanto ao dinheiro depositado é o direito de penhor, direito real. Se o depósito proveio de indenização de seguro, ou de danos, o portador do conhecimento de depósito é dono do dinheiro: tal dinheiro está em seu patrimônio, e não no patrimônio da empresa de armazéns gerais. O portador do *warrant* tem direito real de penhor sôbre essa quantia depositada. Nenhuma razão têm os que pensam que tal quantia entra na massa falencial: a sub-rogação real dá-se no momento mesmo do recebimento e não há cogitar-se de comistão. Os patrímônios mantêm-se incomunicáveis.

Se o portador do conhecimento de depósito *conhece* a insolvabilidade

do armazém e deposita a quantia correspondente ao valor do *warrant,* o portador do *warrant* pode exigir o que corresponde ao direito real de penhor, *quantia que n& se transferiu ao patrimônio do falido:* se nada obtém, foi vítima de crime dos responsáveis pelo armazém geral; e não vemos como fundamentar ação do prestador do *warrant* contra o portador do conhecimento de depósito, se o ato do portador do conhecimento de depósito não constitui, satisfeitos outros pressupostos, crime. Em todo caso, pode o depositante do valor do *warrant* pedir ao juiz que determine o depósito judicial, alternamente, ou avisar o portador do *warrant,* se conhecido, de que vai fazer ou fêz o depósito. Seria iníquo que se privasse o portador do conhecimento de depósito de salvar o que é seu somente porque soube do estado falencial da empresa, tanto mais quanto > dentro dos princípios, tais bens (dominio e direito real de penhor) escapam à falência.

3. RETIRADA PARCIAL. O portador do conhecimento de depósito pode, se o é também do *warrant,* exigir a divisão em lotes, substituindo-se os títulos. Não lhe deu tal pretensão se só tem o conhecimento de depósito, ainda depositando o valor do *warrant.* Mas pode êle, depositando tal valor, retirar as mercadorias <Lei n. 1.102, art. 22), de modo que se há de entender que pode, depositando todo o valor, retirar Somente parte. Quem pode o mais pede o menos.

Aliás, também havemos de entender que portador do conhecimento de depósito e portador do *warrant* podem, de acordo, exigir divisão em lotes ou retirada parcial, substituindo-lhes os respectivos títulos.

4. INADIMPLEMENTO DA DIVIDA GARANTIDA PELO “WARRANT”

<a) Se portador do *warrant* o apresenta à empresa de armazéns gerais, no dia do vencimento, por não ter sido pago, recebe a importância de seu crédito e juros. Se não fôra feito o depósito em consignação, tem êle de protestar. Se foi feito, pode o portador receber a importância de seu crédito e juros nos oito dias que se seguirem ao do vencimento; ou, após êsse dia, no juízo em que foi feito o depósito judicial, mediante petição de levantamento.

Assim se hão de interpretar os arte. 22, § 2.0 e 89, e o art. 28, que diz: “O portador do *warrant* que, no dia do vencimento, não fOr pago, e que não achar consignada no armazém geral a importância do seu crédito e juros <art.

22), deverá interpor o respectivo protesto nos prazos e pela forma aplicáveis ao protesto das letras de câmbio, no caso de não

pagamento. O oficial dos protestos entregará ao protestante o respectivo instrumento, dentro do prazo de três dias, sob pena de responsabilidade e de satisfazer perdas e danos". Tem então o portador do *warrant* o prazo de dez dias (art. 23, § 7.0), improrrogável, ainda que convenham na prorrogação devedor e credor, para providenciar quanto à venda da mercadoria. O prazo de dez dias é fixado para que dentro dêle o portador do *warrant* promova a venda. A venda Somente não pode ser antes do quinto dia, pois há de medear o tempo de quatro dias, pelo menos, para os anúncios (art. 28, § 8.0).

Vencido o *warrant,* há a pretensão contra o primeiro endossante, que é aquele que se tem, juridicamente, como o emitente, pois que encheu, ao endossar, com a declaração de valor, o *warrant.* A obrigação do endossante, primeiro ou ulterior, e obrigação abstrata: não se inquire a causa. O que está declarado é que importa. A ação, se não foi pago, inclusive com o depósito em consignação, o *warrant,* vai contra o primeiro endossante como contra o aceitante da letra de câmbio, ou o emitente da nota promissória; foi êle que emitiu o titulo "valorizado". Se quer evitar que a apresentação ao emitente, que é o primeiro endossante, seja improfícua, por ter êle, ou outrem, depositado, antes, o valor, cabe ao portador indagar, na empresa de armazéns gerais, se há depósito em consignação. Aliás, o próprio primeiro endossante tem interesse em verificá-lo, para não pagar o que já foi pago por outrem e ter, depois, de pedir a repetição do injustificadamente prestado. Se o primeiro endossante alega que outrem pagou, inclusive por haver depósito em consignação, não tem o apresentante o ônus da prova de não haver depósito. A existência do *warrant* sem nota de pago é prova de o não ter sido.

(b) Lê-se no § 1.0 do art. 28: "O portador do *warrant* fará vender em leilão, por intermédio do corretor ou leiloeiro, que escolher, as mercadorias especificadas no título, independentemente de formalidades judiciais". No § 2.0: "Igual direito de venda cabe ao primeiro endossador, que pagar a divida do *warrant,* sem que seja necessário constituir em mora os endossadores do conhecimento de depósito".

"O corretor ou leiloeiro, encarregado da venda, depois de avisar o administrador do armazém geral ou o chefe da competente repartição federal, anunciará pela imprensa o leilão, com antecedência de quatro dias, especificando as mercadorias conforme as declarações do *warrant*

e declarando o dia e hora da venda, as condições dessa e o lugar onde podem ser examinadas aquelas mercadorias. O agente da venda conformar--se-a em tudo com as disposições do regulamento interno dos armazéns e das salas de vendas públicas ou com as instruções oficiais, tratando-se de repartição federal" <art. 28, § *89)*~ "Se o arrematante não pagar o preço da venda aplicar-se-á a disposição do art.

28, § 6" (§ 49). "A perda ou extravio do conhecimento de depósito <art. 27, § 1.0), a falência, os meios preventivos de sua declaração e a morte do devedor não suspendem nem interrompem a venda anunciada" (§ 5.~). "O devedor poderá evitar a .venda até o momento de ser a mercadoria adjudicada ao que maior lanço oferecer, pagando imediatamente a divida do *warrant,* os impostos fiscais, despesas devidas ao armazém e todas as mais a que a execução deu lugar, inclusive custas do protesto, comissões do corretor ou agente de leilões e juros da mora" <art.

28, § 6.0).

(c) Diz-se no art. 28, § *79:* "O portador do *warrant* que, em tempo útil, não interpuser o protesto por falta de pagamento, ou que, dentro d4 dez dias, contados da data do instrumento do protesto, não promover a venda da mercadoria, conservará tão-Somente ação contra o primeiro endossador do *warrant* e contra os endossadores do conhecimento de depósito". O prazo de dez dias é improrrogável.

<d) Estabelece o art. 24: "Efetuada a venda, o corretor ou leiloeiro dará a nota do contrato ou da conta de venda ao armazém geral, o qual receberá o preço e entregará ao comprador a mercadoria". No § 1.0, acrescenta: "O armazém geral> imediatamente após o recebimento do produto da venda, fará as deduções dos créditos preferenciais do art.

26, § 1.0, e, com o líquido, pagará o portador do *warrant,* nos termos do art. 26, princípio>". No § 2.0: "O portador do *warrant,* que ficar integralmente pago, entregará ao armazém geral o título com a quitação; no caso contrário, o armazém geral mencionará no

-*warrant* o pagamento parcial feito e o restituirá ao prestador". No § 8.0: "Pago o credor, o excedente do preço da venda será entregue ao portador do conhecimento de depósito contra a substituição dêste título". No § *49:* "As quantias reservadas ao portador do *warrant* ou ao do conhecimento de depósito, quando não reclamadas no prazo de trinta dias depois da venda da mercadoria, terão o destino declarado

no art. 10, § 30”

<e) Lê-se no art. 25: “Se o portador do *warrant* não ficar integralmente pago, em virtude da insuficiência do produto líquido da venda da mercadoria ou da indenização do seguro, no caso de sinistro, tem ação para haver o saldo contra os endossadores anteriores solidariamente , observando-se a Esse respeito as mesmas disposições substanciais e processuais (de fundo e de forma) relativas às letras de câmbio”. Entenda-se: as regras jurídicas de direito material e formal, quaisquer. (O adjetivo “substanciais”, que aí emprega a doutrina italiana, é impróprio: direito substancial é o que não é sobre-direito; o que se há de chamar ao direito que concerne ao fundo e não à forma é direito material. O

direito substancial é material ou formal).

A ação contra o primeiro endossante do *warrant,* que se tem por seu emitente, Somente prescreve em cinco anos (art. 25, 1.a alínea; Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 52, í.a alínea>.

O prazo de prescrição da ação regressiva é o mesmo da ação cambiária: doze meses <Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 52, 2A alínea). O prazo corre do dia da venda <Lei n. 1.102, art. 25, 2a alínea>.

Se houve venda, tem ação contra o emitente do título (depositante, ou terceiro indicado, porque foi êle que primeiro endossou o *warrant)* e contra o endossante último e os endossantes anteriores, solidáriamente , o portador do *warrant.* se a venda se efetuou e não deu para o pagamento (art. 25). Ação executiva <Código de Processo Civil, art.

298, XV; Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, arte. 49 e 50).

Se não houve venda, a ação que tem o portador do w *arrant* é a do art. 28, § *79* <contra o primeiro endossador do *warrant,* que se tem por emitente, e endossantes do conhecimento de depósito).

Pergunta-se:

~ tem o portador do *warrant,* em caso de ter sido insuficiente o produto da venda> ou a ínfienização , ação contra os endossantes do conhecimento de depósito? O art. 28, § 79, da Lei n. 1.102 cogitou dos endossantes do conhecimento de depósito, em caso de perder a ação regressiva o portador do *wai-rant* <não protestou tempestivamente, ou não promoveu a venda dentro do decêndio); no art. 25, a Lei n.

1.102 Somente falou de ação, para haver o saldo, contra os endossantes *(verbis* “endossadores anteriores solidàriamente”). Argumentos contra ter-se de ler “endossadores anteriores solidariamente ‟> como “endossantes do *warrant* ou do conhecimento de depósito, solidariamente ”: quem contraiu o débito foi o primeiro endossante do *warrant* (que aliás havia de ser dono do conhecimento de depósito), e não o portador do conhecimento de depósito; a Lei n. 1.102, no art. 28, referiu-se a “endossadores do conhecimento de depósito”, e não no fêz no art. 25, alínea □

1 a□ Argumentos a favor de

se ler “endossadores anteriores solidariamente ” como compreensivo de endossantes do *warrant* e de endossantes do conhecimento de depósito: quem é dono de mercadoria que está empenhada por mais do que vale e dá-se a excussão, ficando insolvida a dívida, beneficiou-se com o excesso, ou culpou a coisa empenhada que não valia a dívida garantida; no art. 28, § 79, se é certo que só ali se fala de “endossadores do conhecimento de depósito”, emprega-se

“Somente”, o que mostra que responsáveis eram eles e os endossantes do *warrant.* A última opinião é, *de lege lata,* a certa <J. O. SAMPAIO DE LACERDA, *Da Negociabilidade dos Titulos emitidos por armazéns gerais e* seus *efeitos,* 188>. *De Iure condendo,* seria desaconselhável que se suprimisse, no art. 28, § 79, a referência a

“endossadores do conhecimento de depósito” e se explicitasse no art. 25, tratar,se de “endossantes do *warrant*>‟. <A alusão e endossantes “anteriores”, no art. 25, alínea □

1 a, é erro de expressão. A ação do portador do *warrant* é contra o primeiro endossante, que se tem como emitente do título, e contra os endossantes que vêm após êsse. A ação é contra o primeiro endossante e o último e os anteriores ao último até se alcançar o primeiro.) Cumpre advertir-se em que os endossantes de conhecimento de depósito Somente são responsáveis pelo que, relativamente ao *warrant,* constava do conhecimento de depósito ao tempo do endOsso.

<e) Diz o art. 26: “O portador do *warrant* será pago do seu crédito, juros convencionais e da mora à razão de 6% ao ano e despesas do protesto, precipuamente, pelo produto da venda da mercadoria”.

Mas (§ 1.0) “preferem... a êste credor: 19, a Fazenda Nacional, pelos direitos e impostos que lhe forem devidos; 2.0, o corretor ou leiloeiro, pelas comissões taxadas em seus regimentos e regulados por

convenção entre êle e os comitentes, e pelas despesas com o anúncio da venda; 30, ao armazém geral, por tOdas as despesas declaradas no art. 14> a respeito das quais lhe é garantido o direito de retenção". "Os créditos do § 1.0, ns. 1 e 8, devem ser expressamente referidos nos títulos <art. 15, § 1.0, n. 7), declarando-se a quantia exata dos impostos devidos à Fazenda Nacional e de tOdas as despesas líquidas até ao momento da emissão daqueles títulos, pena de perda da preferência. TOdas as vêzes que lhe fOr exigida pelo portador do conhecimento de depósito ou do *warrant,* o armazém geral é obrigado a liquidar os créditos que preferem ao *warrant* e fornecer a nota da liquidação, datada e assinada, referindo-se ao número do título e ao nome da pessoa àordem de quem foi emitido" (art. 26, § 30, alíneas 1~a e 23).

No art. 26, § 19, inciso 1.0, falou-se de preferência, que tem a Fazenda Nacional, "pelos direitos e impostos que lhe forem devidos>". Já antes, no art. 15, § 1.0, inciso 79, se exigiu aos dois títulos "a declaração dos impostos e direitos fiscais">. Todavia, o art. 26, § 19, não fêz remissão ao art. 15, § 1.0 inciso 79, o que teria a conseqUência de limitar a preferência aos impostos e direitos fiscais que constassem do titulo. Os tributos devidos à Fazenda Nacional incidem segundo os princípios de direito intertemporal das leis fiscais. Ainda sem se invocar o Decreto n. 22.866, de 22 de junho de 1988, art. 1.0 (Decreto n. 28.055, de 9 de agOsto de 1988), há a preferência do art. 26, § 19, inciso 1.~.

Outro problema surge, relativo ao art. 26, § 2.0, que alguns interpretam como se dissesse que perde a preferência a Fazenda Nacional se não foram declarados nos títulos os impostos (e taxas) devidos a ela. Tal interpretação é absurda. Não seria admissível cominar-se pena de perda de preferência a alguém por omissão de outrem; a f *ortiori,* se essa pessoa, que seria atingida pela caducidade do privilégio, é o Estado.

A pena só se refere à última parte do art. 26, § 2.0: "todas.as despesas líquidas até o momento da emissão dos títulos".

Os impostos, taxas e direitos de que cogita o art. 26, § 1.0, inciso 1.0, são apenas os que incidem sôbre a mercadoria, não os que concernem ao devedor e seu patrimônio .

As despesas, feitas pela empresa de armazéns gerais> que têm preferência, são apenas as que foram declaradas e a respeito das quais tem ela o direito de retenção das mercadorias (arts. 14, 15> § 1.0, inciso 7.~, e 26, § 19, inciso 8.0)

: se não foram declaradas, não têm direito de preferência. A preferência cessa, não deixa de nascer, por falta da declaração; porque > se não foram tirados os títulos, a empresa a tem <cf. art. 14, que não fala de títulos). O crédito subsiste, se caduca a preferência; *e. g.,* se foi declarado menos. A expressão "liquidas", que aparece no art. 26, § 29, não está no art. 26, § 1.0, inciso 3~0, nem, sequer, no art. 15, § 1.0, inciso 79. Não lhe devemos dar outro significado, aí, que o de "declaradas", exigindo-se, embora, a determinabilidade: a declaração é que há de ser precisa, para que o depositante, seu sucessor e endossatários saibam quanto deve à empresa de armazéns gerais a mercadoria. Que essa é a única interpretação admissível resulta da simples leitura do art. 26, § 29, alínea 2.2: "Todas as vêzes que lhe fôr exigida pelo portador do conhecimento de depósito ou do *warrant,* o armazém geral é obrigado a liquidar os créditos que preferem ao *warrant* e fornecer a nota da liquidação, datada e assinada, referindo-se ao número do título e ao nome da pessoa a ordem de quem foi emitido".

5. AçÃo REGREssIvA. Os endossantes do conhecimento de depositante, que pagam ao endossatário do conhecimento de depósito, ou ao portador do *warrant,* têm ação regressiva contra os endossantes anteriores, inclusive o primeiro endossante.

Os endossantes do *warrant,* que o pagam, voluntAriamente ou por exercício da pretensão do portador, têm ação regressiva contra os anteriores endossantes, até o segundo. A ação contra o primeiro endossante é como a ação do portador da nota promissória ou da letra de câmbio contra o emitente, ou contra o aceitante da letra de câmbio.

6. AÇÃo EXECUTIVA DO PORTADOR DO CONHECIMENTO DE DEPÓsITo. No art. 298, XV, o Código de Processo Civil incluíu como título executivo o conhecimento de depósito. O dono do conhecimento de depósito é dono das mercadorias. Mas tais mercadorias estão depositadas, isto é, a alguém, que é a pessoa física ou jurídica a que corresponde a empresa, foi atribuida a posse imediata <posse de depositário). Foi dito que não se compreende que tenha êle necessidade da ação executiva; sôbre isso, nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* III, nota 55) ao art. 298.

7. AçÃo DE ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO. Na Lei n°i 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 48, diz-se: "Sem embargo da

desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou o aceitante fica obrigado a restituir ao portador, com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa dêste. *À* ação do portador, para êste fim, é a ordinária». A regra jurídica incide a respeito de títulos dos armazéns gerais. A ação vai contra o primeiro endossante do *warrant.* Não > em direito brasileiro, contra os endossantes do conhecimento de depósito posteriores à emissão do *warrant.*

8. SALAS DE VENDAS PÚBLICAS. As salas de vendas públicas são espaços que têm, nos armazéns gerais, a destinação de neles se realizarem as vendas de que cogita a Lei n. 1.102. Tais salas hão de ser no edifício do armazém geral, ou num dos edifícios dos armazéns gerais, ou em edifício anexo, para o qual haja comunicação. A lei não impôs às empresas terem tais salas; facultou-lhes tal destinação de espaço. Tendo-as, nelas é que se hão de vender as mercadorias. Diz o art. 28:

"Anexas aos seus estabelecimentos, as empresas de armazéns gerais poderão ter salas apropriadas para vendas públicas, voluntárias, dos gêneros e mercadorias em depósito, observando-se as seguintes disposições: § 1.0 Estas salas serão franqueadas ao público e os depositantes poderão ter aí exposição de amostras. § 2.0 t livre aos interessados escolher o agente de vendas dentre os corretores ou leiloeiros da respectiva praça. 1 89 A venda será anunciada pelo corretor ou leiloeiro, nos jornais locais, declarando-se o dia, hora e condições do leilão e da entrega da mercadoria, número, natureza e quantidade de cada lote, armazéns onde se acha, e as horas durante as quais pode ser examinada. Além disso, afixará aviso na praça do comércio e na sala onde tenha de efetuar a venda. § *49* O

público será admitido a examinar a mercadoria anunciada à venda, sendo proporcionadas todas as facilidades pelo administrador do armazém onde ela se achar. § 59 A venda será feita por atacado, não podendo cada lote ser de valor inferior a RS 2.000.O0O, calculado pela cotação média da mercadoria. § 69 Se o arrematante não pagar o preço no prazo marcado nos anúncios e, na falta dêstes, dentro de vinte e quatro horas depois da venda, será a mercadoria levada a nôvo leilão por sua conta e risco, ficando obrigado a completar o preço por que a comprou e perdendo em beneficio do vendedor o sinal que houver dado. Para a cobrança da diferença terá a parte interessada a ação executiva dos arts. 309 e seguintes do Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, devendo a petição inicial ser instruída com certidão extraída dos livros do corretor ou agente de leilões. § 79 Tratando-se de mercadorias a que se refere o art. 12, observar-se-á o

disposto no § 19. n. 1, do mesmo artigo".

"Onde existirem salas de vendas públicas serão nelas efetuadas as vendas de que tratam os arts. 10, § 19, e 23, § 19, não sendo então aplicável a disposição restritiva do art. 28, § 5□O" (art. 29). A referência ao Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, é, hoje, obsoleta. Rege o art. 298, XV, do Código de Processo Civil, *verbis* ~*„dos* portadores de *warrants,* ou de conhecimentos de depósito, na forma das leis que regem os armazéns gerais No art. 23, § 2.0, a Lei n. 1.102 diz que o primeiro endossante, que paga a divida do warrant, tem direito de fazer vender em leilão as mercadorias, "sem que seja necessário constituir em mora os endossadores do conhecimento de depósito". Já não houve protesto, pois que o primeiro endossante pagou. A lei dispensou-o em tais circunstâncias.

Ficou sub-rogado nos direitos do podador do warrant: é credor pignoraticio. Tomara x, presta x; como x representa o penhor sôbre as mercadorias, *in,* tem êle direito a *m* e pois a pretensão à exclusão do penhor. O primeiro endossante, que paga, fica, diante do depositário, como portador, *que* é, de *warrant* pago. O primeiro endossante é sub-rogado real, mas a sub-rogação real não importa em se lhe atribuir ação contra outros endossantes. É emitente que paga.

Se o portador do *warrantt* fêz o protesto sem indagar da existência de depósito em consignação, procedeu imprudentemente: cobrara ao primeiro endossante O que estava pago. Não pode cobrar as despesas do protesto.

§ 1.833. Títulos não representativos

1. DOCUMENTOS. O que documenta diz, segundo o etino algo sôbre aquilo a que se refere: *docere* é ensinar, porém mais remoto é *decere,* adaptar, adornar, intercalado a grande distância de milênios pelo "parecer bem", talvez

"revelar-Se". compreende-se que, já ao tempo de se documentar, quem documenta saiba dizer sôbre aquilo de que trata e com certa sabedoria ensine, documentando. Deaus está em documentar como em docente e em decoração. A atividade é por sôbre ou ao lado do que se documente.

Longo tempo teve de correr para que se pudesse ligar o destino do documento ao daquilo que se documentava, e vimos que, no direito romano, ainda se de ouro as letras, cediam ao pergaminho, como ao solo cede o que se seme-a (§§ 1.742 e 1.743).

Passou-se, recentemente, à concepção de aceder ao escrito a matéria, que tanto é dizer aceder às letras, ainda que feitas de tinta ou lápis, o papel. Mais ainda: fêz-se o escrito, com o papel, "ceder" ao direito, ~ relação jurídica, que existe no mundo do pensamento.

O não germânico fêz dos documentos *perteção d* os direitos documentados. Mais tarde, incorporou direitos em títulos. Daí para a representação foi um passo: o documentO, que apenas "escrevia" sôbre o que se via no mundo jurídico, tornou-Se titulo em Que o direito se incorporou e, depois, título que representou objetos de direito, inclusive bens corpóreos.

No caso de direito incorporado em título, titulo e direito são *partes integranteS* do mesmo bem, em vez de, como acontece aos documentos, ser o "titulo" *pertencente* do direito documentado.

2. TÍTULOS EM QUE HÁ INCORPORAÇÃO. Os títulos em que há incorporação de créditos ou outros direitos, sem que se dê a apresentação das coisas, são *res.* Se, por exemplo, a mercadoria, de que se fala no bilhete de mercadorias, é apenas bem cuja prestação se promete e pode não estar no patrimônio da devedor, o bilhete de mercadorias por si só é coisa e como coisa se trata.

3.

BILHETE DE MERCADORIAS O bilhete de mercadorias entrou no sistema jurídico brasileiro com o Decreto xx. 165 A, de 17 de janeiro de 1890, sendo regulado, depois, pelo Decreto n. 870, de 2 de maio de 1890, arts. 379 e 880. Trata-se de título cambiariforme (Decreto n. 165 A, art. 4?, § 29; Decreto ii 370, art. 279, § 2.0). Pode ser criada e tomado por pessoa comerciante au por pessoa não -comerciante, e nada obsta a que se conceba como saque cambial, assimilando-se à letra de câmbio, ou como promessa direta de prestação, regendo-se, então , pelas regras jurídicas concernentes à nota promissória. Ali, há o bilhete-saque, ou bilhete-letra; aqui, o bilhete de mercadorias, simplesmente. As regras jurídicas sôbre endosso, aval, vencimento, pagamento, protesto, intervenção, ações e prescrição são as mesmas do direito cambiário. Vencido, pode o portador exigir a entrega da mercadoria. Na art.

165 A, art. 4□O, § 4~O, e no art. 379, § 49, do Decreto n. 370, disse-se:

"Vencido o prazo, incumbe ao portador executar a obrigação, expedindo a mercadoria por terra ou mar, ou fazendo-a transportar a outros armazéns ou entrepostos. Pode, porém, conservar a mercadoria por sua conta e risco, nos armazéns onde se achar, durante prazo maior que o estipulado no bilhete, quando os usas locais o autorizarem".

Diante de tais regras jurídicas, tinha-se de perguntar se se atribuía representatividade aos bilhetes de mercadorias, ou apenas execução *in natura,* à semelhança da execução de coisa. t evidente que se não restringiu a reclamação de prestar a coisa, ou a indenização; permitiu-se que se dê prazo ao devedor para prestar o que prometeu em mercadorias e, finda o prazo, não as entregando o devedor, se expeça mandado de entrega < = mandado de imissão do exequente na passe, Código de Processa Civil, art. 993). Se o devedor entregar a mercadoria, lavra-se o termo e, conforme o credor haja previsto no pedido, ou não, se observa, ou não, o art. 4□O, § 4□O, do Decreto n. 165 A; entende-se, porém, que a imissão de posse se opera à lavratura do termo, sejam retiradas, ou não, desde Ioga as mercadorias. Quaisquer despesas, após isso, correm par conta do portador do titula, salvo se as mercadonas haviam de ser entregues alhures.

Não há representatividade nos bilhetes de mercadorias; de jeito que o portador só se faz dano das mercadorias no momento em que o juízo da execução Ihas entrega, mediante ato de imissão, de que se lavra o Urino.

A hostilidade aos bilhetes de mercadorias, por parte dos juristas, tem sido prejudicial ao inst ituto, qúe poderia ter prestado excelentes serviços à agricultura e às indústrias, mas principalmente àquela. Os bancos que emprestam dinheiro aos agricultores e industriais para lhes cobrar ao tempo da safra ou após a fabricação têm nos bilhetes de mercadorias as seguranças dos títulos cambiários *mas* a que resulta da executividade especifica do titulo (ou presta por ata próprio, ou sofre a imissião de posse nas mercadorias).

Titulo cambiaforme, o bilhete de mercadorias há de satisfazer as exigências do Decreto n. 165 A, art. 4□O, § 3□O

(Decreto n. 370, *art.* 879, § 3.~): a data, a qualidade das mercadorias, o nome da pessoa a quem se deve fazer a entrega, a época em que a entrega se há de fazer, a valor da mercadoria. Subentende-se como

pressuposta necessário a indicação da quantidade, se bem que os dois decretos só tenham falado de valor. O nome do título "bilhete de mercadorias" também o é, porque os dois decretos remetem, em geral, à lei sôbre cambiais e os arts. 1.0, 1, e 54, 1, da Lei xx. 2.044, de 31 de dezembro de 1908 foram explícitos. A assinatura há de ser do próprio punho do criador do título ou do procurador com poderes especiais. O que assina qualquer declaração cambiariforme do titulo, sem ter poderes, fica pessoalmente obrigado (Lei n. 2.044, art. 46).

Não se precisa inserir a cláusula A ordem; e não se admite a cláusula ao portador, que se há de ter por não -escrita.

Mas é possível o endosso em branco. Lê-se no art. 379, § 29, do Decreto n. 370: "As disposições comuns As letras de câmbio e aos bilhetes de ordem, em que se estipule o pagamento em dinheiro, são igualmente aplicáveis aos bilhetes de ordem pagáveis em mercadorias".

No art. 379, § 3□O, do Decreta n. 370, explicita-se: "Os bilhetes de ordem não se podem sacar senão com vencimento a prazo fixo. Se contiverem cláusula diversa, tornar-se-na meras obrigações, ainda quando firmados -por negociante", O negócio jurídico subjacente persiste.

Se o portador não exige em tempo útil a entrega da mercadoria, protestando, perde a ação regressiva contra o sacador, se o há, e contra os endossantes e respectivos avalistas (Decreto n. 165 A, art. 4$, § 5,0; Decreto n. 370, art.

379, § 5.0; Lei n. 2.044, art. 32).

O art. 379, § 1.2, *in une,* do Decreto n. 870 (Decreto nº. 165 A, art. 4,0, § 30) exige que se insira o valor das mercadorias, porque tal indicação serve à circulabilidade dos titulas. Na execução, tal valor é apenas elemento de informe, porque o art. 379, § 6.0, da Decreto n. 870 estatui: "a estimação da mercadoria não consignada regula-a, quanto à indenização e ao reembôlso, segundo o curso da praça onde se deveria realizar a consignação, e onde. não foi realizada, calculando-se entre o momento da requisição e a data do vencimento do bilhete".

4. TRAPICHES E ARMAZÉNS DE DEPÓSITO. O Código Comercial, nos arts. 87-98, tratou dos trapicheiros e administradores de armazéns de depósito, sem lhes atribuir a criação de títulos. Passam recibos (art. 88, 89: "a passar recibos competentes, declarando neles as qualidades,

quantidades, números e marcas, fazendo pesar, medir ou contar no ato do recebimento aqueles gêneros que forem suscetíveis de serem pesados, medidos ou contados". Há depósito, sem que se criem títulos circuláveis. O crédito é cessível, de acordo com o direito comum.

§ 1.834. Penalidades e armazéns gerais

1. DIREITO ESPECIAl,. Na Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, os arts. 30-85 estabelecem multas e outras penas em matéria de armazéns gerais, inclusive de ordem fiscal.

Incorrem em multa os empresários de armazéns gerais que não respeitarem as regras jurídicas dos arts. 59, 7$ e 8.0,

§§ 1.o~4.0, 13 e 22, § 2.0, 24, §§ 1.0 e 4,0, 26, § 2.0, última parte, da Lei n. 1 .102 (art. 82). A multa, diz o art. 30, parágrafo único, é imposta por quem tenha a seu cargo a fiscalização do armazém e cobrada, executivamente, por intermédio do Ministério Público, se não foi paga nos oito dias após a notificação, revertendo em beneficio das Casas de Misericórdia e dos Orfanatos existentes na sede das empresas de armazéns gerais.

É cassada a matrícula <Lei n. 1.102, art. 1.0, § 1.0), ou revogada a autorização (art. 40) por quem a ordenou, ou deu, nos casos seguintes: 1) falência e meios preventivos ou liquidação da respectiva empresa; 2.0) cessão ou transferência da empresa a terceiro, sem prévio aviso à Junta Comercial, ou sem autorização do Govêrno, nos casos em que essa fôr necessária; 82) infração do regulamento interoc~ em prejuízo do comércio ou da Fazenda Nacional

<Lei n. 1.102, art. 88, 1.04.0). Com isso, não se pré-excluem as multas de que trata o art. 82, nem a aplicação de outras penas em que incorram os empresários de armazéns gerais e seus prepostos (art. 38, parágrafo único).

Diz o art. 84: "As penas estabelecidas para os casos dos arts. 82 e 38, números 2$ e 3,0, só poderão ser impostas depois de ouvidos o empresário do armazém geral, o gerente ou superintendente das companhias de docas e os concessionários ele entrepostos e trapiches alfandegados em prazo razoável, facultando-se-lhes a leitura do inquérito, relatório, denúncia e provas colhidas".

Lê-se no art. 85: "Incorrerão nas penas de prisão celular por um a quatro anos e multa de R$ 100,00 a R$ 1.000,00: 1.0,os que emitirem

os títulos referidos no capítulo II, sem que tenham cumprido as disposições dos arts. 1.0 e 4,0

desta Lei; 22, os empresários ou administradores de armazéns gerais que emitirem os ditos titulas sem que existam em depósito as mercadorias ou gêneros neles especificados; ou que emitirem mais de um conhecimento de depósito e de "warrant" sôbre as mesmas mercadorias ou gêneros, salvo os casos do art. 20; 80 os empresários ou administradores de armazéns gerais que fizerem empréstimos ou quaisquer negociações, por conta própria ou de terceiro, sôbre títulos que emitirem; 4,0, os empresários ou administradores de armazéns gerais que desviarem, no todo ou em parte, fraudarem ou substituirem por outras, as mercadorias confiadas à sua guarda, sem prejuízo da pena de prisão de que trata o art. 2.0, n.0 1; 52, os empresários ou administradores de armazéns gerais que não entregarem no devido tempo, a quem de direito, a importância das consignações de que trata o art. 22 e as quantias que lhes sejam confiadas nos termos desta Lei". § 1.0: "Se a empresa fOr sociedade anônima, ou comanditária por ações, incorrerão nas penas acima cominadas os seus administrado. res, superintendentes, gerentes ou fiéis de armazéns que para o fato criminoso tenham concorrido direta ou indiretamente" § 2.0: "Se os títulos forem emitidos pelas repartições federais,. de que tratam os arts. 2.0 e 3$, incorrerão nas penas acima os fiéis ou quaisquer funcionários que concorram para o fato".

§ 8$: "Nesses crimes cabe a ação pública".

2.DIREITO COMUM. A edicção das regras jurídicas dos arts. 31-35 da Lei n. 1.102 não pré-exclui a incidência das. regras de direito penal comum, salvo onde substituiram essas regras jurídicas.

Aliás, hoje a legislação penal é *posterior*.